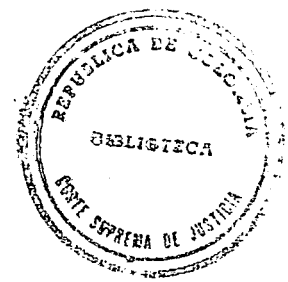
REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMOS CXIII Y CXIV



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 L., *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
Eduardo Fernández Botero
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 Araujo Grau
Efrén Osejo Peña
Carlos Peláez Trujillo
Luis Carlos Zambrano

RELATORIA:

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

En el transcurso del presente semestre se verificaron los siguientes cambios en el personal de Magistrados de la Honorable Corte:

1º El doctor Enrique López de la Pava reemplazó en la Presidencia de la Sala Civil al doctor Enrique Coral Velasco, quien falleció;

2º El doctor Víctor G. Ricardo reemplazó al doctor José Joaquín Rodríguez, quien renunció; y

3º Por haber dispuesto la Reforma Judicial la supresión de la Sala de Negocios Generales de la Corte, los honorables Magistradores, doctores Ramiro Araujo Grau y Carlos Peláez Trujillo pasaron a formar parte de la Sala de Casación Laboral, y los honorables Magistrados, doctores Efrén Osejo Peña y Luis Carlos Zambrano a la Sala de Casación Penal, esto de conformidad con lo dispuesto en el Decreto número 1600 de 1965;

4º El doctor Luis Carlos Zambrano reemplazó en la Presidencia de la Corporación al doctor José Hernández Arbeláez, quien falleció; y

5º El doctor Aníbal Cardoso Gaitán reemplazó, como Magistrado de la Sala de Casación Civil, al doctor José Hernández Arbeláez, por la causa antes mencionada.

Julio a Diciembre de 1965

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

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

TOMOS CXIII Y CXIV — Bogotá - Colombia — Julio a Diciembre de 1965 — Números 2278 - 2279

Sala Plena

Extractos de la Sala Plena a cargo del Relator de la Corte, doctor Diego E. Cristancho.

Proposición aprobada en sesión plenaria de fecha julio 8 de 1965, con motivo de la renuncia del doctor José Joaquín Rodríguez como Magistrado de la Corte:

"La Corte Suprema de Justicia, al aceptar por el carácter de irrevocable, la renuncia que presenta el señor doctor **José Joaquín Rodríguez** para separarse del cargo de Magistrado de la Sala Laboral de la Corporación, deplora profundamente que así venga a estar privada de las luces y colaboración magnífica de tan ilustre jurista y cumplido caballero.

"Transcríbase al doctor Rodríguez, e insértese en la **Gaceta Judicial**".

Proposición aprobada en sesión plenaria de fecha julio 8 de 1965, con motivo del retiro del doctor Eudoro González Gómez del cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Medellín:

"Al aceptarle la renuncia del cargo de Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, la Corte Suprema de Justicia deja constancia, en el Acta de la sesión de esta fecha, de su reconocimiento al doctor **Eudoro González Gómez**, notable jurista, fallador insigne y meritorio maestro de la juventud, por los invaluables servicios prestados por él a la administración de justicia, en los varios períodos en que ocupó el puesto que deja ahora.

"Comuníquese al doctor González Gómez y publíquese en la **Gaceta Judicial**".

Proposición aprobada en sesión plenaria del 15 de julio de 1965 con motivo del fallecimiento del ex-Presidente de la República, doctor Laureano Gómez:

La Corte Suprema de Justicia

Considerando:

Que el 13 de julio en curso falleció en la ciudad el ilustre ex-Presidente de la República, doctor

Laureano Gómez,

se descubre ante su tumba y guarda un minuto de silencio.

Proposición aprobada en sesión plenaria de fecha agosto 26 de 1965, por causa del retiro del doctor Jesús María Arteaga como Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá:

"La Corte Suprema, en sesión plena de esta fecha, lamenta que circunstancias insuperables priven al Tribunal Superior de Bogotá de la inteligente e ilustrada colaboración del doctor Jesús María Arteaga, quien por varios lustros sirvió, con devoción y pulcritud ejemplares, la causa de la justicia colombiana, y al aceptar su renuncia le manifiesta su más expresiva gratitud.

"Transcríbase en nota de estilo e insértese en la Gaceta Judicial".

Moción aprobada en sesión plenaria de fecha 30 de agosto de 1965, por el fallecimiento del Magistrado de la Corte, doctor Enrique Coral Velasco:

"La Corte Suprema de Justicia, considerando: Que acaba de fallecer el honorable Magistrado Presidente de la Sala de Casación Civil, señor doctor don Enrique Coral Velasco; que el doctor Coral Velasco se destacó a lo largo de su vida por sus merecimientos en elevados cargos de la administración pública, y por su brillante carrera judicial, coronada por la más alta investidura al servicio de la justicia; que como Profesor de Jurisprudencia contribuyó en grado eminente a la formación científica de la juventud universitaria de Colombia; y que en todo momento sobresalió por su inteligencia, caballerosidad y mesura; del propio modo que por el cultivo de los altos valores del espíritu, por su don de gentes y su rectitud ejemplares, Resuelve: Deplorar profundamente la súbita desaparición del honorable Magistrado señor doctor don Enrique Coral Velasco, cuando la República esperaba mucho todavía de su indeclinable voluntad al servicio de la Patria; Guardar un minuto de silencio en exaltación de su memoria; Asistir en corporación a los oficios fúnebres en la Basílica Primada; Designar al honorable Magistrado doctor Enrique López de la Pava para llevar la voz de la Corte en el acto del sepelio; y levantar la sesión en señal de duelo.

'Transcríbase en nota de estilo a la señora viuda, hijos y familiares del extinto, e insértese en la Gaceta Judicial".

Texto del discurso pronunciado por el doctor Enrique López de la Pava en el sepelio del cadáver del doctor Enrique Coral Velasco, verificado el lunes 30 de agosto de 1965 en el Cementerio Central de Bogotá:

Señoras y señores:

En nombre de la Corte Suprema de Justicia vengo a depositar una impalpable corona de dolor y de lágrimas al pie de este sepulcro que hoy se abre para guardar en reposo eterno los despojos de nuestro colega el doctor Enrique Coral Velasco. Tejida con fibras de nuestros corazones y engalanada con las flores de nuestra admiración y de nuestro afecto, esa corona conservará siempre vivos y frescos el recuerdo y el ejemplo que nos deja el compañero y el amigo que la muerte nos arrebata con golpe penoso y sorpresivo.

Consagrado a las disciplinas del derecho, el doctor Coral Velasco consumió los mejores días de su vida, las luces de su inteligencia, el jugo de su personalidad al servicio acendrado y dilecto de la justicia. Merced a su consagración, a su versación jurídica y a la probidad de su mente y a la limpidez de su conciencia, recorrió toda la jerarquía de la magistratura nacional. Fue Juez del Circuito en Armenia, Magistrado del Tribunal Superior de Pereira, Abogado de la Presidencia de la República durante la segunda administración del Presidente López, Superintendente de Sociedades Anónimas, Magistrado del Tribunal Superior

de Pasto, y desde hace más de seis años desempeñaba con brillo la magistratura de la Corte Suprema. Ocupó todas estas posiciones con dignidad y con decoro y en ellas dejó el sello de su talento, las huellas de su hondo sentido de la justicia y la marca imborrable de su probidad mental. Coronó en la Corte Suprema su vocación y su carrera de jurista, y cumplió allí una tarea sobresaliente que las generaciones futuras apreciarán y destacarán por su sabiduría, por su orientación doctrinaria y por su aporte invaluable al acervo de la jurisprudencia. Fue también catedrático de Derecho en la Universidad Libre y en el Externado de Colombia y en esa labor lució su vasta cultura e infundió en las mentes y corazones juveniles los sentimientos de la justicia, de la responsabilidad y del patriotismo y el espíritu de investigación científica.

Fuera de su calidad de jurista eminente, la personalidad del doctor Coral Velasco se destacó por el cúmulo de prendas, de cualidades y virtudes que la caracterizaron. De estirpe hidalga, señoreó siempre por la cortesía y delicadeza de su trato, de su porte y de sus maneras. Hombre de eximia inteligencia y de talento perspicaz, la comunicación con él era un regalo y un estímulo de la mente, un lenitivo de inquietudes y de angustias, un horizonte de optimismo y de esperanzas. Alma generosa y abierta, dejaba en sus amigos las esencias y el sabor de su nobleza, de su sinceridad y de su magnanimidad ilimitada. Su corazón fue urna del más profundo amor por sus hijos, del más acendrado afecto por su familia, de la más aquilatada amistad; altar donde oficiaban los más puros sentimientos, el más noble carácter, el más hondo instinto de benevolencia. Llevó siempre una vida austera, alejada de la ostentación, del ruido y de los torbellinos callejeros. Fue en contacto continuo con los libros y en el silencio de su hogar y de su despacho, donde se forjó y enriqueció su personalidad, donde se templaron y acendraron sus virtudes y cualidades, donde se fraguó este recio y macizo ejemplar humano que la muerte ha segado en la plenitud de su vital destino.

La muerte del doctor Coral Velasco priva a la Nación de un ciudadano eminente, al foro de un jurista egregio, a la Corte Suprema de un magistrado integérrimo, a sus hijos de un padre amoroso y sin par, a su familia de un miembro esclarecido y a sus amigos del calor y el aliento de su amistad sin reservas.

Que la tierra reciba con veneración estos despojos mortales y que el Cielo acoja en su seno de gloria, suave y límpida, el alma nobilísima de Enrique Coral Velasco.

La Corte lamenta la desaparición del doctor Alfredo Cock Arango, ex-Magistrado de la Corporación.

Proposición aprobada en Sala Plena con fecha 30 de septiembre de 1965:

"La Corte Suprema de Justicia registra con vivo sentimiento de pesar la trágica desaparición del doctor Alfredo Cock Arango, Magistrado que fue de esta Corporación y del Tribunal Superior de Medellín, ciudadano eminente, distinguido profesor universitario y autor de numerosas obras jurídicas, y hace llegar a sus familiares su más sincera condolencia.

"Transcríbase a los familiares del doctor Cock Arango y publíquese en la Gaceta Judicial.

"Bogotá, septiembre 30 de 1965".

LA CORTE DECLARA EXEQUIBLE EL ARTICULO 10 DE LA LEY 10 DE 1962, "POR LA CUAL SE DICTAN NORMAS RELATIVAS AL EJERCICIO DE LA ODONTOLOGIA".

Infundada acusación del referido precepto por supuesta violación de los artículos 34, 30, 17 y 39 de la C. N. — Pena de confiscación. — Especies de confiscación. — Confiscación a título universal y confiscación especial. — Reseña histórica de la confiscación en las constituciones de otros países y en la colombiana. — La confiscación propiamente dicha fue abolida en nuestra legislación desde 1830. — La que se conoce con el nombre de comiso o decomiso no está prohibida por la Carta. — El ejercicio ilegal de la odontología constituye una actividad ilícita, y se sanciona entre otras penas, con el comiso o pérdida del equipo dental y demás elementos empleados en dicha actividad. — La Carta protege la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título cuando no se los emplea en detrimento del bienestar común de los asociados. — Protección del Estado al trabajo lícito. — La Ley 10 de 1962 señala los requisitos a que ha de ajustarse el ejercicio de la odontología y prohibe el que no cumple tales exigencias.

1. La confiscación fue una medida de carácter penal que consistía en privar a un condenado de todos sus bienes, sin compensación alguna, para adjudicarlos al Rey, a un señor feudal o al Tesoro Público. Se la aplicaba unas veces como pena principal y otras como accesoria y por razón de delitos que se consideraban de especial gravedad, como los de lesa majestad, el parricidio, la traición a la patria, la herejía, la falsificación de moneda y otras similares. Era una sanción de carácter colectivo, porque afectaba a la familia del reo y en algunos lugares y casos a sus propios acreedores. Considerada inicua y bárbara por extenderse a personas inocentes y por contraria al principio de la individualidad de la pena, el Derecho Penal moderno condenó la confiscación, la cual empezó a ser abolida por las legislaciones de los pueblos civilizados. En los Estados Unidos se la abolió mediante una enmienda introducida a la Constitución de 1791. La Revolución Francesa la derogó en 1790, la restableció dos años más tarde para sancionar los delitos contra la seguridad del Estado y fue abolida en forma definitiva por la Constitución de 1814.

De la Legislación Española heredó Colombia esta pena de confiscación, pero en el artículo 148 de su Carta Constitucional de 1830 dispuso: "Queda abolida la pena de confiscación de bienes, en la cual no se comprenden la de comisos y multas, en los casos que determine la ley".

La Constitución de 1832 prescribió en su artículo 192: "Ningún delito se castigará en lo sucesivo con la pena de confiscación; pero esta disposición no excluye los comisos y las multas que impongan las leyes contra algunos delitos".

La misma pena fue prohibida en estos términos por el artículo 161 de la Constitución de 1843: "Ningún delito se castigará en lo sucesivo con pena de confiscación, pero esta disposición no comprende los co-

misos ni las multas que las leyes asignan a algunas culpas o delitos".

La Constitución de 1853 guardó silencio sobre este punto, pero en la de 1858 se dispuso por su artículo 56 que no podría imponerse la pena de confiscación en caso alguno. Lo mismo estableció el artículo 15 de la Constitución de 1863.

La Carta de 1886 prescribió en su artículo 34: "No se podrá imponer pena de confiscación". Este precepto se halla aún vigente y corresponde también al número 34 de la actual Constitución Nacional.

Por su parte el artículo 59 del C. Penal estatuye: "Las armas, instrumentos y efectos con que se haya cometido un delito, o que provengan de su ejecución, se confiscarán y entregarán al Estado, a menos que la ley disponga que se destruyan, o que se devuelvan a quien se hubieren sustraído o a un tercero sin cuya culpa se hubiere usado de ellos". Otras varias normas del mismo C. Penal (166, 211, 212, 248 y 274) autorizan el decomiso o secuestro de valores, objetos o instrumentos que resulten ser producto de un delito o que hayan servido para cometerlo.

De otro lado el artículo 316 del C. de P. Penal preceptúa que "las armas, instrumentos y efectos con que se haya cometido un delito o que provengan de su ejecución, se reconocerán y describirán detalladamente, se secuestrarán y harán parte del sumario para los efectos de la investigación". Y el artículo 702 ibídem dispone que las cosas secuestradas se mantendrán en depósito en cuanto sea necesario para los fines del proceso, terminado el cual "se entregarán a las autoridades correspondientes si se hubiere ordenado su confiscación; en caso contrario se destinarán para el pago de las sumas que debe cubrir el procesado por razón de daños y perjuicios, multas, costas, etc.".

De los preceptos constitucionales y legales que vienen citados, resulta bien claro que ellos se refieren a dos especies de confiscación, así: una que comprende la totalidad de los bienes o una cuota parte del patrimonio del condenado y que se conoce y distingue con los nombres de confiscación general o confiscación a título universal, o simplemente confiscación, y otra que se circunscribe a los objetos, valores o instrumentos que son producto de un hecho ilícito o que han servido para ejecutarlo. A esta segunda forma se le da a veces el nombre impropio de confiscación especial y es la pena que se denomina comiso o decomiso. La confiscación propiamente dicha, esto es, la general o a título universal, es la sanción que consagraron muchas legislaciones antiguas, la que entre nosotros fue abolida desde 1830 y la misma que figura prohibida por el artículo 34 de la Carta Constitucional vigente. Así lo tiene expuesto la Corte en repetidas ocasiones como puede verse en sentencias de junio 21 de 1899 (XIII 655, 255), de marzo 6 de 1962 (LXXI-2112, 315) y de agosto 1º de 1964.

La aludida segunda forma de confiscación, esto es, la especial y relativa a los valores, objetos o instrumentos que son producto del acto ilícito o medios físicos para ejecutarlo, es la que con mayor propiedad se conoce con el nombre de comiso o decomiso y que no está prohibida por la Carta. Por el contrario, las Constituciones de 1830, de 1832 y de 1843 la distinguieron de la confiscación propiamente dicha y en la actualidad la autoriza la ley como sanción penal, concreta y limitada a los bienes antes expresados. También tiene dicho la Corte que la pena de confiscación que prohibe imponer el artículo 34 de la Constitución, no puede confundirse con la de comiso, ni con la de multa y menos con el resarcimiento de daños a que está obligado el autor de un ilícito (sentencia de abril 11 de 1917. XXVI-1363, 241).

2. De acuerdo con lo estatuído por la Ley 10 de 1962 y de modo especial por su artículo 10, el ejercicio ilegal de la odontología constituye una actividad ilícita y está sancionado con las penas respectivas. Entre esas penas figura la de pérdida del equipo dental y demás elementos utilizados en dicho ejercicio. La sanción se contrae a estos objetos como instrumentos de esa actividad ilícita y no se extiende a todos los bienes de quien incurra en el ejercicio ilegal de la odontología. No es, pues, la pena de confiscación a título universal que aparece prohibida por el artículo 34 de la Carta sino la de comiso o decomiso de los instrumentos con los cuales se comete el ilícito expresado, medida que apenas resulta ser

una secuela indeficiente de todo hecho delictuoso, como lo prescribe el artículo 59 del C. Penal.

De lo expuesto se deduce que el artículo 10 de la Ley 10 de 1962 no quebranta el artículo 34 de la Constitución al consagrar la pena de comiso o pérdida del equipo dental y de los demás elementos empleados en el ejercicio ilegal de la odontología contra quien se dedica a esa actividad sin título ni autorización debidamente otorgados.

3. Fácil es comprender que quien ejecuta un acto ilícito no puede invocar en su favor la garantía constitucional de su derecho de dominio sobre los objetos o bienes de que se sirve como instrumentos para realizar ese hecho delictuoso. Por el contrario, el autor del ilícito se coloca en situación de perder la tutela de ese derecho como consecuencia de su propia actividad antisocial. "La propiedad es una función social" y por tanto quien disfruta de ella ha de emplear sus bienes no solo en la satisfacción de sus necesidades, sino también en beneficio de los intereses colectivos y no en su desmedro. Utilizados en perjuicio de la sociedad, el derecho sobre ellos está llamado a desaparecer como sanción por el daño causado. La Carta protege la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título cuando no se los emplea en detrimento del bienestar común de los asociados. Sería un contrasentido que la Constitución amparase las actividades antisociales y las cosas nocivas a la comunidad. Si el ejercicio ilegal de la odontología constituye una actividad ilícita, no es mucho, sino apenas lógico que quien se dedica a ella se vea privado por vía de sanción penal de la propiedad de los instrumentos que le sirven para realizarla y que no pueda acogerse al precepto constitucional que garantiza ese derecho de dominio. La pérdida del gabinete dental y de los demás elementos que se destinan a ese ejercicio ilegal, no entraña el desconocimiento del derecho de propiedad, sino que es una medida represiva encaminada a sancionar tal actividad delictuosa y por consiguiente el artículo 10 de la Ley 10 de 1962 que autoriza dicho decomiso en provecho de las entidades oficiales de Salud Pública, no puede considerarse ni es violatorio del artículo 30 de la Constitución Nacional, que garantiza la propiedad privada, lícitamente adquirida y rectamente utilizada en función del bienestar público.

4. El trabajo que la Constitución declara ser una obligación social y que ordena proteger, es aquel esfuerzo humano que, realizándose dentro de los cauces de la ley, redunda en provecho no solo de quien lo ejecuta, sino también de la sociedad. Por trabajo no se entienden los actos o actividades antisociales o que se ejecutan en perjuicio de la comunidad, como son todos los hechos de naturaleza delictuosa. El trabajo que la Carta protege es un acto lícito, ajustado a la ley y a la moral y que produce beneficios colectivos.

La odontología es una ciencia que requiere conocimientos y prácticas especiales, de modo que sin ellos no se la puede ejercer con eficacia y sin riesgo de causar daños y de atentar contra la salud de los asociados. Por esta razón la Ley 10 de 1962 exige un título de idoneidad o una licencia legalmente expedida para poder profesar el oficio de odontólogo y erige en delito el ejercicio ilegal de esa profesión. Ejercida sin título o sin licencia, esto es, sin los conocimientos y prácticas que se requieren esa profesión deja de ser un trabajo lícito y digno de protección para convertirse en una actividad antisocial y reprobable por los perjuicios que puede y suele acarrear. Al consagrar como delito ese ejercicio ilegal de la odontología, el artículo 10, citado, no prohibe un trabajo lícito, sino un oficio socialmente perjudicial, y por tanto no quebranta el artículo 17 de la Carta, que como se ha dicho, ampara el trabajo lícito y no las actividades que atentan contra el bienestar de los asociados.

5. El ejercicio de la odontología es una actividad lícita, constitutivo de una profesión socialmente benéfica y necesaria. De aquí que la ley la haya reglamentado, exigiendo un título de idoneidad para poder ejercerla como se debe, esto es, con eficacia y provecho y sin peligro de causar daños. La Ley 10 de 1962 señala los requisitos a que ha de sujetarse ese ejercicio profesional y prohibe el que no cumple tales exigencias. Al reglamentar tal actividad y exigir un título de idoneidad para ejercerla, no

viola aquélla ni ninguno de sus preceptos el artículo 39 de la Constitución, sino que por el contrario se ajusta a él, lo cumple y desarrolla en la forma que la misma norma prescribe.

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

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

El señor doctor Gustavo Correa Pérez, mayor y vecino de Bogotá, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, solicita de la Corte que declare inexequible el artículo 10 de la Ley 10 de 1962, "por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la odontología".

El citado artículo 10 prescribe:

"El que ejerza ilegalmente la odontología, esto es, sin tener el correspondiente título de idoneidad, conforme lo previsto en el artículo 2º de esta Ley, o sin tener autorización legalmente expedida para tal ejercicio, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años, responderá civilmente de los perjuicios causados y sufrirá la pérdida del equipo y elementos utilizados para el ejercicio ilegal, en beneficio de las entidades oficiales de Salud Pública.

"Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará el procedimiento para adelantar las investigaciones que se inicien por el ejercicio ilegal de la odontología".

El demandante sostiene que el precepto transcrito establece tres sanciones y que viola los artículos 34, 30, 17 y 39 de la Constitución Nacional.

El mencionado artículo 34 de la Carta dispone que "no se podrá imponer pena de confiscación".

La demanda expresa que, según el Diccionario de la Academia Española de la Lengua, la expresión confiscar significa "privar de sus bienes a un reo y aplicarlos al fisco" y que no es otra cosa lo prescrito por la disposición acusada, ya que, de acuerdo con su tenor literal, los equipos y elementos de propiedad de los odontólogos no autorizados para el ejercicio de la profesión, se perderán "en beneficio de las entidades oficiales de Salud Pública", lo cual entraña que el Estado los sustrae para sí y los incorpora en el patrimonio de la Nación. Apunta asimismo que una de las normas constitucionales que no puede ser suspendida ni aun mediante las facultades que al Presidente de la República le confiere el artículo 121 de la Carta, es la concerniente al amparo de la propiedad, que es de derecho natural e intangible en todo tiempo.

El precepto acusado infringe también el artículo 30 de la Carta, que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Según la demanda, los odontólogos a que se refiere el artículo 10 de la Ley 10 son dueños de sus gabinetes dentales, de modo que al ordenarse la confiscación de éstos en beneficio del Estado, se desconoce esa propiedad, y, antes que garantizarla, se la atropella y usurpa. Y no se diga que se trata de una ley expedida por motivos de utilidad pública, de la cual resulten en conflicto los derechos de los particulares con el interés social, porque acaece precisamente lo contrario, esto es, que las clases populares, en especial las de los grandes centros urbanos, se ven privadas de los servicios odontológicos de los dentistas empíricos, comprometiendo así el interés social en provecho de los odontólogos titulados, muchos de ellos con diplomas ociosos. Y aunque así no fuese y se admitiera el absurdo de que el ejercicio de la profesión por parte de los empíricos se opone al interés social, lo procedente sería en tal caso, no confiscar los gabinetes dentales de aquéllos, que constituyen su patrimonio único, sino expropiarlos mediante sentencia judicial e indemnización previa, como lo prevé la misma norma constitucional citada.

La Ley 10 de 1962 ha creado una situación de injusticia respecto de los dentistas empíricos, situación que plantea un conflicto entre las necesidades de las clases populares y las conveniencias de los escasos odontólogos titulados, conflicto que constituye un serio quebranto de la tranquilidad social, máxime cuando aquellos dentistas actúan en medios distintos de los que sirven los titulados.

La norma acusada quebranta asimismo el artículo 17 de la Constitución, según el cual "el trabajo es una obligación social y gozará de especial protección del Estado". Si, de acuerdo con este precepto, no solo hay derecho al trabajo, sino que éste constituye una obligación social, "resulta aberrante que sea el mismo Estado, por conducto del Organo Legislativo, el que no solamente deja de protegerlo, sino que lo entorpece y paraliza al convertirlo en delito".

La misma disposición acusada viola el artículo 39 de la Carta que autoriza al legislador para "exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones". En efecto, según el significado del verbo reglamentar y del sustantivo reglamento, se reglamentan las actividades lícitas, pero no las ilícitas, las cuales se investigan y sancionan, de manera que si, con el pretexto de reglamentar las primeras, se las prohibe y castiga, no solo "se viola la Constitución Nacional, en la letra y espíritu de esta norma, sino que se incurre en una arbitrariedad jurídica, o mejor en una injuridicidad monstruosa que ni los regímenes totalitarios quebrantarían sin disimular su audacia".

Concepto del Procurador

El señor Procurador General de la Nación analiza uno por uno los cargos que la demanda formula contra el artículo 10 de la Ley 10 de 1962 y llega a la conclusión de que ninguno de ellos se halla fundado y de que en consecuencia aquella norma no quebranta los preceptos de la Carta que la misma demanda señala.

En relación con el primer cargo que se hace consistir en que el citado artículo 10 establece una confiscación y en que por ello viola el artículo 34 de la Constitución, el Procurador hace un detenido estudio sobre lo que es la pena de confiscación a que se refiere la Carta, y recuerda con citas de doctrinantes que la confiscación se divide en general y especial, que la general consiste "en apoderarse el Estado de la totalidad del patrimonio del condenado" y que la especial "recae sobre un objeto particular, relativo unas veces al cuerpo del delito, otras al producto de éste y otras a los instrumentos de que el delincuente se sirvió para cometer la infracción".

Sostiene que la Constitución prohibe imponer como pena la confiscación general, pero no la especial, que equivale al comiso o decomiso de ciertos objetos y que consagran varios preceptos positivos, en especial el artículo 59 del C. Penal. Luego afirma:

"Aplicando las tesis anteriormente expuestas al caso de autos, concretamente a la pérdida del equipo e instrumentos del odontólogo que ejerce ilegalmente su profesión, puede concluirse que la Ley 10 de 1962 erige en delito el ejercicio de la odontología sin título de idoneidad o sin autorización legalmente concedida; que, además de sancionar tal delito con pena privativa de la libertad, el artículo 10 de dicha Ley condena al infractor a la pérdida del equipo e instrumentos que le sirvieron para el ejercicio ilegal de aquella profesión; que, al sancionar ese delito con la pérdida del equipo e instrumentos odontológicos, el artículo 10 citado no consagró una pena de confiscación, porque ésta es por su esencia misma de carácter general, se refiere a la totalidad del patrimonio del reo y, a veces, a sus bienes presentes y futuros; que, en cambio, el fenómeno jurídico estructurado por el mencionado artículo 10 es el del comiso o decomiso, el cual no solo resulta a todas luces constitucional, sino que ha sido frecuentemente establecido en la legislación colombiana; que, respecto del artículo 10 de la Ley 10, se trata simplemente del comiso de los objetos o instrumentos utilizados para cometer el delito, y que el establecimiento de una sanción tal tiene por finalidad impedir que el culpable, haciendo uso de los mismos instrumentos o equipo, reincida en el delito.

"En realidad, respecto de la pérdida a que alude el artículo 10 acusado, bien hubiera podido el legislador guardar silencio y, de todos modos, el decomiso de los instrumentos con que se cometiere el delito tendría que efectuarse en virtud de lo ordenado, como norma de carácter general, por el artículo 59 del Código Penal".

El Procurador concluye esta primera parte de su estudio expresando que el artículo 10 de la Ley 10 no consagra la pena de confiscación a que se refiere el artículo 34 de la Carta y que por tanto no viola este precepto.

Acerca del cargo de que la disposición acusada infringe el artículo 30 de la Constitución, anota el mismo Procurador que tal cargo tiene por base el concepto de que dicho artículo 10 establece una confiscación, repite que no se trata en realidad de una verdadera confiscación, sino de un decomiso y arguye que quien ejerce un oficio que la ley considera ilícito no puede reclamar contra el Estado por el comiso de los objetos que le sirven de instrumento, de modo que la norma acusada no desconoce la propiedad del equipo dental, sino que ordena decomisarlo como sanción por el ejercicio de una actividad ilícita, como lo es el de la odontología sin título o sin autorización legal.

Haciendo referencia a la acusación de que el precepto aludido quebranta el artículo 17 de la Carta, expresa el Procurador:

"Este tercer cargo carece en absoluto de fundamento, en opinión de la Procuraduría, ya que, por una parte, el artículo 39 de la Constitución autoriza al legislador para 'exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones', por lo cual resulta apenas natural que prohiba el trabajo de quienes carecen del respectivo título de idoneidad, o violen la reglamentación legal respectiva, y ello precisamente en defensa de los más elementales intereses de la colectividad; y, por otra parte, el legislador puede, según el numeral primero del artículo 76 de la Constitución, reformar y derogar las leyes preexistentes, atribución con la cual puede obviamente erigir en delito un hecho que antes no tuviera tal carácter, como es el caso del ejercicio ilegítimo de una determinada profesión.

"Además, es cierto que, según el artículo 17 de la Carta, el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado, pero ello no puede llevar al extremo de obligar al propio Estado a proteger las actividades que sean contrarias a las leyes o que el legislador haya señalado como delito".

Respecto del cuarto cargo que consiste en que el artículo 10 de la Ley 10 infringe el 39 de la Constitución, expresa el Procurador que, por el contrario, este precepto constituye el fundamento del primero, y agrega:

"Si la ley puede exigir títulos de idoneidad, es claro que, como consecuencia de ello, puede prohibir el ejercicio de una profesión a quien no posee el título respectivo, o puede incluso, como lo hace la norma acusada, sancionar el ejercicio ilegal con una pena de prisión y con el decomiso de los instrumentos del delito.

"Además, si la ley puede reglamentar el ejercicio de las profesiones, ello muestra también el carácter constitucional de la Ley 10, estatuto que precisamente tiene por finalidad reglamentar el ejercicio de la profesión de odontólogo.

"Dentro de esta reglamentación es posible, desde el punto de vista constitucional, prohibir el ejercicio de una profesión a quien no tenga el título respectivo, tanto más si el legislador estima que dicho ejercicio, por el peligro social que entraña, debe quedar clasificado como delito".

Consideraciones de la Corte

I. La confiscación fue una medida de carácter penal que consistía en privar a un condenado de todos sus bienes, sin compensación alguna, para adjudicarlos al Rey, a un señor feudal o al Tesoro Público. Se la aplicaba unas veces como pena principal y otras como accesoria y por razón de delitos que se consideraban de especial gravedad, como los de lesa majestad, el parricidio, la traición a la patria, la herejía, la falsificación de moneda y otros similares. Era una sanción de carácter colectivo, porque afectaba a la familia del reo y en algunos lugares y casos a sus propios acreedores. Considerada inicua y bárbara por extenderse a personas inocentes y por contraria al principio de la individualidad de la pena, el Derecho Penal Moderno condenó la confiscación, la cual empezó a ser abolida por las legislaciones de los pueblos civilizados. En los Estados Unidos se la abolió mediante una enmienda introducida a la Constitución en 1791. La Revolución Francesa la derogó en 1790, la restableció dos años más tarde para sancionar los delitos contra la

seguridad del Estado y fue abolida en forma definitiva por la Constitución de 1814.

De la legislación española heredó Colombia esta pena de confiscación, pero en el artículo 148 de su Carta Constitucional de 1830 dispuso: "Queda abolida la pena de confiscación de bienes, en la cual no se comprenden la de comisos y multas en los casos que determine la ley".

La Constitución de 1832 prescribió en su artículo 192: "Ningún delito se castigará en lo sucesivo con la pena de confiscación; pero esta disposición no excluye los comisos y las multas que impongan las leyes contra algunos delitos".

La misma pena fue prohibida en estos términos por el artículo 161 de la Constitución de 1843: "Ningún delito se castigará en lo sucesivo con pena de confiscación, pero esta disposición no comprende los comisos ni las multas que las leyes asignan a algunas culpas o delitos".

La Constitución de 1854 guardó silencio sobre este punto, pero en la de 1858 se dispuso por su artículo 56 que no podría imponerse la pena de confiscación en caso alguno. Lo mismo estableció el artículo 15 de la Constitución de 1863.

La Carta de 1886 prescribió en su artículo 34: "No se podrá imponer pena de confiscación". Este precepto se halla aún vigente y corresponde también al número 34 de la actual Constitución Nacional.

Por su parte el artículo 59 del C. Penal estatuye: "Las armas, instrumentos y efectos con que se haya cometido un delito, o que provengan de su ejecución, se confiscarán y entregarán al Estado, a menos que la ley disponga que se destruyan, o que se devuelvan a quien se hubieren sustraído o a un tercero sin cuya culpa se hubiere usado de ellos". Otras varias normas del mismo C. Penal (166, 211, 212, 248 y 274) autorizan el decomiso o secuestro de valores, objetos o instrumentos que resulten ser producto de un delito o que hayan servido para cometerlo.

De otro lado el artículo 316 del C. de P. Penal preceptúa que "las armas, instrumentos y efectos con que se haya cometido un delito o que provengan de su ejecución, se reconocerán y describirán detalladamente, se secuestrarán y harán parte del sumario para los efectos de la investigación". Y el artículo 702 ibídem dispone que las cosas secuestradas se mantendrán en depósito en cuanto sea necesario para los fines del proceso, terminado el cual "se entregarán a las autoridades correspondientes si se hubiere ordenado su confiscación; en caso contrario, se destinarán para el pago de las sumas que debe cubrir el procesado por razón de daños y perjuicios, multas, costas, etc.".

De los preceptos constitucionales y legales que vienen citados, resulta bien claro que ellos se refieren a dos especies de confiscación, así: una que comprende la totalidad de los bienes o una cuota parte del patrimonio del condenado y que se conoce y distingue con los nombres de confiscación general o confiscación a título universal o simplemente confiscación, y otra que se circunscribe a los objetos, valores o instrumentos que son producto de un hecho ilícito o que han servido para ejecutarlo. A esta segunda forma se le da a veces el nombre impropio de confiscación especial y es la pena que se denomina comiso o decomiso. La confiscación propiamente dicha, esto es, la general o a título universal, es la sanción que consagraron muchas legislaciones antiguas, la que entre nosotros fue abolida desde 1830 y la misma que figura prohibida por el artículo 34 de la Carta Constitucional vigente. Así lo tiene expuesto la Corte en repetidas ocasiones, como puede verse en sentencias de junio 21 de 1899 (XIII-655, 255), de marzo 6 de 1952 (LXXI-2112, 315) y de agosto primero de 1964, aún no publicada esta última.

La aludida segunda forma de confiscación, esto es, la especial y relativa a los valores, objetos o instrumentos que son producto del acto ilícito o medios físicos para ejecutarlo, es la que con mayor propiedad se conoce con el nombre de comiso o decomiso y que no está prohibida por la Carta. Por el contrario, las Constituciones de 1830, de 1832 y de 1843 la distinguieron de la confiscación propiamente dicha y en la actualidad la autoriza la ley como sanción penal, concreta y limitada a los bienes antes expresados. También tiene dicho la Corte que la pena de confiscación que prohibe imponer el artículo 34 de la Constitución, no puede confundirse con la de comiso, ni

con la de multa y menos con el resarcimiento de daños a que está obligado el autor de un ilícito (Sentencia de abril 11 de 1918. XXVI-1363, 241).

II. La Ley 10 de 1962 dicta normas concernientes al ejercicio de la odontología. El artículo 1º dispone que "para todos los efectos legales se entiende por ejercicio de la odontología, la aplicación de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, pronóstico, prevención y tratamiento de las enfermedades, defectos y malformaciones que se relacionan con los dientes, los tejidos que les sirven de soporte y demás partes de la boca que se relacionan con ellos".

El artículo 2º prescribe que para poder ejercer la odontología se requiere tener un título expedido por una Facultad reconocida por el Estado o por una Facultad extranjera de reconocida competencia o haber obtenido permiso o licencia en los términos señalados por la misma Ley. Los artículos siguientes señalan los requisitos que deben reunir los títulos mencionados y regulan la inscripción de los odontólogos graduados, y el artículo 10 estatuye lo que está ya visto, o sea que quien ejerza la odontología sin título de idoneidad o sin autorización legalmente conferida, incurre en prisión de seis meses a dos años, está obligado a resarcir los daños que cause y sufrirá la pérdida del equipo y demás elementos utilizados para ese ejercicio ilegal, en provecho de las entidades oficiales de Salud Pública. Los artículos 11 y 12 determinan otros casos de ejercicio ilegal de la misma profesión y el 13 autoriza al Gobierno para reglamentar lo relativo a consultorios odontológicos, laboratorios de práctica dental, los avisos, la propaganda y otros aspectos.

De acuerdo con lo estatuído por esta Ley 10 de 1962 y de modo especial por su artículo 10, el ejercicio ilegal de la odontología constituye una actividad ilícita y está sancionado con las penas ya referidas. Entre esas penas figura la de pérdida del equipo dental y demás elementos utilizados en dicho ejercicio. La sanción se contrae a estos objetos como instrumentos de esa actividad ilícita y no se extiende a todos los bienes de quien incurra en el ejercicio ilegal de la odontología. No es, pues, la pena de confiscación a título universal que aparece prohibida por el artículo 34 de la Carta, sino la de comiso o decomiso de los instrumentos con los cuales se comete el ilícito expresado, medida que apenas resulta ser una secuela indeficiente de todo hecho delictuoso, como lo prescribe el artículo 59 del C. Penal.

De lo expuesto se deduce que el artículo 10 de la Ley 10 de 1962 no quebranta el artículo 34 de la Constitución al consagrar la pena de comiso o pérdida del equipo dental y de los demás elementos empleados en el ejercicio ilegal de la odontología contra quien se dedica a esa actividad sin título ni autorización debidamente otorgados.

III. Sostiene el demandante que el mismo artículo 10 de la Ley 10, citada, viola el 30 de la Carta, que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título.

Está visto que el ejercicio de la odontología por persona que no posee título de idoneidad ni licencia legalmente expedida, constituye una actividad ilícita que acarrea sanciones penales.

Fácil es comprender que quien ejecuta un acto ilícito no puede invocar en su favor la garantía constitucional de su derecho de dominio sobre los objetos o bienes de que se sirve como instrumentos para realizar ese hecho delictuoso. Por el contrario, el autor del ilícito se coloca en situación de perder la tutela de ese derecho como consecuencia de su propia actividad antisocial. "La propiedad es una función social" y por tanto quien disfruta de ella ha de emplear sus bienes no solo en la satisfacción de sus necesidades, sino también en beneficio de los intereses colectivos y no en su desmedro. Utilizados en perjuicio de la sociedad, el derecho sobre ellos está llamado a desaparecer como sanción por el daño causado. La Carta protege la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título cuando no se los emplea en detrimento del bienestar común de los asociados. Sería un contrasentido que la Constitución amparase las actividades antisociales y las cosas nocivas a la comunidad. Si el ejercicio ilegal de la odontología constituye una actividad ilícita, no es mucho, sino apenas lógico que quien se dedica a ella se vea pri-

vado por vía de sanción penal de la propiedad de los instrumentos que le sirven para realizarla y que no pueda acogerse al precepto constitucional que garantiza ese derecho de dominio. La pérdida del gabinete dental y de los demás elementos que se destinan a ese ejercicio ilegal, no entraña el desconocimiento del derecho de propiedad, sino que es una medida represiva encaminada a sancionar tal actividad delictuosa, y por consiguiente el artículo 10 de la Ley 10 de 1962 que autoriza dicho decomiso en provecho de las entidades oficiales de Salud Pública, no puede considerarse ni es violatorio del artículo 30 de la Constitución Nacional, que garantiza la propiedad privada, lícitamente adquirida y rectamente utilizada en función del bienestar público.

IV. Se acusa también el citado artículo 10 de violar el 17 de la Carta, el cual prescribe que "el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado".

El trabajo que la Constitución declara ser una obligación social y que ordena proteger, es aquel esfuerzo humano que, realizándose dentro de los cauces de la ley, redunda en provecho no solo de quien lo ejecute, sino también de la sociedad. Por trabajo no se entienden los actos o actividades antisociales o que se ejecutan en perjuicio de la comunidad, como son todos los hechos de naturaleza delictuosa. El trabajo que la Carta protege es un acto lícito, ajustado a la ley y a la moral y que produce beneficios colectivos.

La odontología es una ciencia que requiere conocimientos y prácticas especiales, de modo que sin ellos no se la puede ejercer con eficacia y sin riesgo de causar daños y de atentar contra la salud de los asociados. Por esta razón la Ley 10 de 1962 exige un título de idoneidad o una licencia legalmente expedida para poder profesar el oficio de odontólogo y erige en delito el ejercicio ilegal de esa profesión. Ejercida sin título o sin licencia, esto es, sin los conocimientos y prácticas que se requieren, esa profesión deja de ser un trabajo ilícito y digno de protección para convertirse en una actividad antisocial y reprobable por los perjuicios que puede y suele acarrear. Al consagrar como delito ese ejercicio ilegal de la odontología, el artículo 10, citado, no prohibe un trabajo lícito, sino un oficio socialmente perjudicial, y por tanto no quebranta el artículo 17 de la Carta, que, como se ha dicho, ampara el trabajo lícito y no las actividades que atentan contra el bienestar de los asociados.

V. La demanda sostiene por último que el artículo 10 infringe el 39 de la Constitución, precepto que dispone entre otras cosas que "la ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones".

La acusación expresa que se reglamentan las actividades profesionales lícitas y no las ilícitas y que si, con el pretexto de someter las primeras a reglamento, se las convierte en ilícitas y se las prohibe y sanciona, no solo se quebranta la Carta, sino que se incurre en una arbitrariedad manifiesta o en una injuridicidad monstruosa.

El ejercicio de la odontología es una actividad lícita, constitutivo de una profesión socialmente necesaria y benéfica. De aquí que la ley la haya reglamentado, exigiendo un título de idoneidad para poder ejercerla como se debe, esto es, con eficiencia y provecho y sin peligro de causar daños. La Ley 10 de 1962 señala los requisitos a que ha de sujetarse ese ejercicio profesional y prohibe el que no cumple tales exigencias. Al reglamentar tal actividad y exigir un título de idoneidad para ejercerla, no viola aquélla ni ninguno de sus preceptos el artículo 39 de la Constitución, sino que por el contrario se ajusta a él, lo cumple y desarrolla en la forma que la misma norma prescribe.

Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión de que el artículo 10 de la Ley 10 de 1962 no infringe ningún precepto de la Constitución Nacional y que por tanto es exequible.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 214 de la Constitución Nacional y de acuerdo con el concepto de señor Procurador General de la Nación, DECLARA QUE ES EXEQUIBLE el artículo 10 de la Ley 10 de 1962.

Transcríbase esta providencia al señor Ministro de Salud Pública para los efectos a que haya lugar.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO PRIMERO DEL PROYECTO DE LEY "POR EL CUAL SE NACIONALIZA UNA NORMAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES", OBJETADO POR EL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA EN MENSAJE DE 13 DE DICIEMBRE DE 1963.

La Corte reafirma su doctrina respecto de la inexequibilidad de proyectos presentados al Congreso sin los requisitos previstos y exigidos por la Ley 71 de 1946. — Orden de precedencia de leyes que la Constitución Nacional exige para legislar en materia de obras públicas. — Reglamentación previa y general que impuso la Reforma Constitucional de 1945 para el fomento de empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo. — Transformación de un instituto de instrucción privada en oficial. — Acto contractual que debe perfeccionarse con el lleno de las formalidades legales. — Violación del numeral 20 del artículo 76 de la Carta.

1. La Corte, constantemente, ha declarado la inexequibilidad de los proyectos que se han presentado al Congreso sin llenar los requisitos previstos y exigidos por la Ley 71 de 1946 que reglamentó, para hacerlo operante, el numeral 20 del artículo 76 de la Carta: porque al no cumplir con tales formalidades, el legislador viola indirectamente tal norma constitucional, que limitó el poder discrecional del Congreso en cuanto concierne al fomento de empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes"; es decir que por mandato del Constituyente, el legislador, en forma previa y de modo general, debe determinar y prefijar los planes y programas para hacer viables los auxilios que se decreten para "fomentar las empresas útiles o benéficas".

2. En las exposiciones de las comisiones que estudiaron el pliego de objeciones, se observa que la Ley 71 de 1946 fue expresamente derogada por el Decreto-Ley 1675 de 1964; sin embargo, en el caso de que se considerara válidamente derogada la dicha norma, significaría que el Congreso no podría hacer uso de la facultad que le confiere el numeral 20 del artículo 26 de la Carta por falta de una adecuada reglamentación, como así lo dijo ya la Corte en sentencia de fecha 14 de diciembre de 1945 (G. J. Tomo LIX, Pág. 645).

3. En el informe de la Comisión del Senado se invoca el Decreto número 559 de 1940, para poner de manifiesto que los requisitos o formalidades allí exigidos, deben cumplirse en el momento de hacer efectivo el auxilio; sin embargo, debe anotarse que tal decreto quedó tácitamente derogado, por incompatibilidad, no por la Ley 71 de 1946, sino por el numeral 20 del artículo 76 de la Carta, que sustituyó el antiguo sistema de las formalidades a posteriori, por la reglamentación previa y general que impuso la reforma constitucional de 1945, al introducir tal modificación al mencionado artículo 76 mediante el artículo 7º del A. L. Nº 1 de 1945.

4. Si se pretende como en este caso, convertir o transformar un instituto de instrucción privada en oficial, ya no se trataría de un acto unilateral sino de uno contractual que debe perfeccionarse con el lleno de las formalidades necesarias, como la co-

rrespondiente autorización del Congreso al Ejecutivo según el ordinal 11 del artículo 76 de la Carta, mas no en forma de un auxilio o de una cesión sin el previo acuerdo de voluntades para determinar el posterior régimen del plantel educativo.

5. Si se aceptaran que la nacionalización implica, no un auxilio, sino una cesión aceptada por el presunto interesado, se llegaría al resultado de pretermitir, en la práctica y de un modo por demás expedido, las exigencias del numeral 20 del citado artículo 76, cuya finalidad las expresó claramente el constituyente del año de 1945, como así se dijo en la sentencia de 14 de diciembre de ese año.

6. En el supuesto de que en estos procesos sobre exequibilidad de un proyecto de ley fuera procedente y aceptable la presentación de pruebas, resultaría que las exhibidas son del todo deficientes o incompletas, porque no se conocen los estatutos de la fundación, ni cuales son las facultades dispositivas que tiene el Rector, ni cuál sería el posterior régimen a que quedaría sujeta la Normal Piloto en sus actividades administrativas y docentes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, 2 de agosto de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña).

Con oficio de fecha 27 de noviembre de 1963 (Fls. 33), el Senado remitió al señor Presidente de la República, para la correspondiente sanción ejecutiva, después de haber sido discutido y aprobado en todos los debates constitucionales, el siguiente proyecto de ley:

"Artículo 1º Nacionalízase la Normal Piloto Móvil de Alfabetización y Catequesis que funciona en el Municipio de Copacabana, Departamento de Antioquia, la que seguirá funcionando por cuenta del Tesoro Nacional, bajo la inspección y vigilancia del Ministerio de Educación.

"Artículo 2º El Ministerio de Educación sostendrá, con cargo a su presupuesto, por lo menos cincuenta (50) becas anuales permanentes, destinadas a estudiantes del establecimiento educativo a que se refiere el artículo anterior.

"Artículo 3º La partida indispensable para dar cumplimiento a la presente ley será incluída en el Presupuesto del Ministerio de Educación anualmente, a partir de la próxima vigencia presupuestal y en caso de no incluirse queda el Gobierno facultado para hacer los traslados o abrir los créditos indispensables para tal fin.

"Artículo 4º Esta Ley regirá desde su sanción". (Fls. 34).

1º El 13 de diciembre de 1963, mediante oficio número 47365, el Presidente de la República devolvió el aludido proyecto de ley, por considerar que el artículo primero violaba el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución, y al efecto expuso:

"En providencia de fecha 21 de enero de 1961. la H. Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, en relación con el proyecto de ley 'por la cual se nacionalizan las Normales de Ituango y Anorí', dijo lo siguiente:

" 'Por tanto, no pudiendo remitirse a dudas que las Normales de Ituango y Anorí son establecimientos, como todos los de su índole, destinados a la formación de profesionales de la educación, es claro que quedan comprendidos dentro de la enumeración legal transcrita, (artículo 1º Ley 71) y, quedando comprendidos en ella, resulta evidente que el proyecto objetado es inconstitucional, por cuanto no se sometió, para su validez, a los planes y programas correspondientes'." (Fls. 31).

El mensaje de objeciones termina así:

"Las observaciones anteriores obligan al Gobierno Nacional a objetar, muy respetuosamente, por inconstitucionalidad el artículo 1º del proyecto de ley a que se contrae este mensaje, y por inconveniencia su conjunto".

Tanto el Senado como la Cámara declararon infundadas las objeciones propuestas; y al efecto, en el informe de la Comisión de la Cámara que estudió el pliego de objeciones, se lee:

"Todo indica en consecuencia, que las objeciones formuladas por el Gobierno Nacional, por Ejecutivo, carecen de fundamento, mucho más si se tiene en cuenta que en lo pertinente la Ley 71 de 1946, que sirve de base a las objeciones planteadas, ha sido recientemente derogada por el artícu-

lo 138 del Decreto extraordinario número 1675 de julio 14 de 1964 dictado por el mismo Gobierno Nacional. No alcanzamos a comprender cómo es posible que se formulen objeciones a un proyecto que encarna justicia y progreso con base en normas que ya no existen. Por lo menos ello constituye un descuido imperdonable". (Fls. 26).

Finalmente, la Presidencia de la República, con fundamento en el artículo 90 de la Carta, remitió el expediente a la Corte para que decidiera sobre la inconstitucionalidad del artículo 1º del proyecto de ley copiado al principio.

2º En cumplimiento de las normas constitucionales, se ordenó oir al Procurador General, quien conceptúa que el precepto acusado es inexequible por violar el numeral 20 del artículo 76 de la Carta, porque cuando se presentó y se objetó estaba vigente la Ley 71 de 1946; y si se considera que ahora está derogado, significaría, como lo ha dicho la Corte en varias ocasiones, que el Congreso no podría hacer uso de la facultad a que se refiere la citada disposición constitucional.

Agrega, además, el Procurador:

"Si la proyectada nacionalización de la Normal Piloto Móvil de Alfabetización y Catequesis se encaminara a que dicho establecimiento educativo pasara a ser de propiedad nacional, violaría el artículo 30 de la Constitución, toda vez que siendo dicha Normal, como todo indica que es, de propiedad particular, se vulneraría ese derecho de dominio al quitárselo a su titular y trasladarlo al Estado. Entiendo que no es ese el sentido de la palabra 'nacionalizar' en esta clase de medidas legislativas, sino que con ella se indica que la Nación asume y toma a su cargo el costo de funcionamiento del plantel: Así considerada la cuestión, no hay duda de que se está en presencia de un auxilio permanente con fondos nacionales". (Fls. 69).

Como en el informe de la Comisión de la Cámara se invocara el artículo 1º del Decreto 559 de 1940, el Procurador anota:

"En cuanto a lo primero, debo observar que si es verdad que en el artículo 1º del Decreto 559 de 1940 se lee que los requisitos que enumera deben llenarse para que un establecimiento o entidad docente pueda empezar a recibir el auxilio que se hubiera decretado en su favor, también lo es que el artículo 3º de la Ley 71 de 1946 fue claro al exigir que los documentos a que se refiere el citado Decreto 559 deberán acompañarse al proyecto de ley de auxilio, cuando se presente: de donde parece recto deducir que el mencionado Decreto 559 fue modificado por la Ley 71 de 1946, en el sentido de que la presentación de los documentos debía ser hecha en el momento de proponerse la iniciativa parlamentaria y no a tiempo de cobrar el auxilio ya decretado como lo disponía el Decreto 559". (Fls. 71 a 72).

3º Agotado el procedimiento señalado para esta clase de procesos, se considera:

a) La Corte, constantemente, ha declarado la inexequibilidad de los proyectos que se han presentado al Congreso sin llenar los requisitos previstos y exigidos por la Ley 71 de 1946, que reglamentó, para hacerlo operante, el numeral 20 del artículo 76 de la Carta; porque al no cumplir con tales formalidades, el legislador viola indirectamente tal norma constitucional, que limitó el poder discrecional del Congreso en cuanto concierne al fomento de empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes"; es decir que por mandato del constituyente, el legislador, en forma previa y de modo general, debe determinar y prefijar los planes y programas, para hacer viables los auxilios que se decreten para "fomentar las empresas útiles o benéficas".

b) En las exposiciones de las Comisiones que estudiaron el pliego de objeciones, se observa que la Ley 71 de 1946 fue expresamente derogada por el Decreto-Ley 1675 de 1964; sin embargo, en el caso de que se considerara válidamente derogada la dicha norma, significaría que el Congreso no podría hacer uso de la facultad que le confiere el numeral 20 del artículo 76 de la Carta por falta de una adecuada reglamentación, como así lo dijo ya la Corte en sentencia de fecha 14 de diciembre de 1945:

"Aunque no prosperó la innovación sobre leyes de diversa jerarquía, de ahí no se deduce que por no poderse llamar orgánica o normativa la ley de planeamiento y progra-

mación que exige el numeral 4º, la iniciativa en materia de gastos para obras públicas sea tan libre y omnímoda como antes, porque siendo comunes ambas leyes, la que adopta el plan general y la que dispone y prevé a la ejecución de una obra de las comprendidas en el planeamiento legislativo, es incuestionable que están sometidas ineludiblemente a un orden de precedencia. No hay por qué entender que la primera sea jerárquicamente superior o más imperativa que la segunda. Lo que hay es que por mandato de la Constitución la segunda no puede operar sin la primera que es su condición de validez y su garantía de eficacia. En el orden inalterable que la Constitución Nacional exige para legislar en materia de obras públicas. No obstante la diferencia de sus términos y la diversa naturaleza de la actividad estatal que contempla, tampoco es dudoso que la reforma aditiva que se hizo al numeral 20 del citado artículo 76 de la Carta obedeció al mismo propósito que impulsó la enmienda que sin ninguna ambigüedad quedó consignada respecto de obras públicas en los numerales 4º y 19 de allí. Quiso el Congreso, en función de contribuyente, poner fin al sistema o política de los auxilios desordenados e incontrolados, de que hace amargo recuerdo en las exposiciones gubernamentales preparatorias a la reforma, para someterlos, como en el caso de las obras públicas, a un criterio de racionalización y de conveniencia nacional previamente adoptado también en planes y programas". (G. J. Tomo LIX, Pág. 645).

c) En el informe de la Comisión del Senado se invoca el Decreto número 559 de 1940 (Fls. 17), para poner de manifiesto que los requisitos o formalidades allí exigidos, deben cumplirse en el momento de hacer efectivo el auxilio; sin embargo, debe anotarse que tal decreto quedó tácitamente derogado, por incompatibilidad, no por la Ley 71 de 1946, sino por el numeral 20 del artículo 76 de la Carta, que sustituyó el antiguo sistema de las formalidades a posteriori, por la reglamentación previa y general que impuso la reforma constitucional de 1945, al introducir tal modificación al mencionado artículo 76 mediante el artículo 7º del A. L. Nº 1º de 1945.

4º Cuando el proceso se hallaba tramitándose ante la Corte, el Presbítero Bernardo Montoya G. en su condición de Rector Fundador de la Normal Piloto, en el memorial de 14 de abril de este año manifestó:

"En el proyecto de ley número 410, originario de la H. Cámara y por la cual se nacionaliza la Normal Piloto de Alfabetización y Catequesis de Copacabana, no se trata de un auxilio sino de hacer cesión del plantel al Gobierno dentro de los estatutos de dicho plantel, para que así pueda alcanzar los fines extraordinariamente benéficos y urgentes que se propone".

Con el expresado escrito adjuntó un certificado expedido por el Secretario de la Arquidiócesis de Medellín, en el cual se deja testimonio de que el Presbítero Montoya G. "es el actual Rector de la Normal Piloto de Alfabetización y Catequesis en Copacabana"; y además, otro de la Gobernación de Antioquia sobre reconocimiento de personería jurídica de la institución, cuya representación tiene el Presbítero Montoya G. en su calidad de Presidente.

Con la solicitud precedente y los documentos citados, el Rector de la Normal Piloto pretende salvar la inconstitucionalidad del proyecto tanto en lo que atañe al numeral 20 del artículo 76, como en relación a los artículos 30 y 41, todos de la Carta; sin embargo no puede aceptarse tal pretensión por las siguientes razones:

a) Si se pretende como en este caso, convertir o transformar un instituto de instrucción privado en oficial, ya no se trataría de un acto unilateral sino de uno contractual que debe perfeccionarse con el lleno de las formalidades necesarias, como la correspondiente autorización del Congreso al Ejecutivo según el ordinal 11 del artículo 76 de la Carta, mas no en forma de un auxilio o de una cesión sin el previo acuerdo de voluntades para determinar el posterior régimen del plantel educativo;

b) Si se aceptara que la nacionalización implica, no un auxilio, sino una cesión aceptada por el presunto interesado, se llegaría al resultado de pretermitir, en la práctica y de un modo por demás expedido, las exigencias del numeral 20 del citado artículo 76, cuya finalidad las expresó claramente el constituyente del año de 1945, como así se

dijo en la sentencia de 14 de diciembre de este año en el aparte antes copiado.

c) En el supuesto de que en estos procesos sobre exequibilidad de un proyecto de ley fuera procedente y aceptable la presentación de pruebas, resultaría que las exhibidas son del todo deficientes o incompletas, porque no se conocen los estatutos de la fundación, ni cuáles son las facultades dispositivas que tiene el Rector, ni cuál sería el posterior régimen a que quedaría sujeta la Normal Piloto en sus actividades administrativas y docentes.

Por los motivos expuestos, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena y en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, DECLARA INEXEQUIBLE el artículo primero del proyecto de ley "por el cual se nacionaliza una normal y se dictan otras disposiciones", objetado por el señor Presidente en mensaje número 47365 de fecha 13 de diciembre de 1963.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la Presidencia de la República para los fines legales consiguientes.

José Hernández Arbeláez, Ramiro Araujo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Pedro Castillo Pineda, Conjuez, *Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, José J. Rodríguez, Julio Roncallo Acosta, Enrique Coral Velasco, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.*

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 1º DEL PROYECTO DE LEY "POR EL CUAL SE DISPONE UN AUXILIO EXTRAORDINARIO PARA LA UNIVERSIDAD DEL ATLANTICO", OBJETADO POR EL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.

Se viola el ordinal 20, artículo 76 de la Constitución, cuando el Congreso decreta auxilios para empresas útiles o benéficas sin que preceda la planeación general correspondiente, organizada por el legislador.

Es voluntad terminante expresada con suma claridad por el ordinal 20, artículo 76 de la Carta Fundamental, que si no es "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes", le está vedado al Congreso fomentar por medio de leyes empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo.

No se oculta la finalidad perseguida por el constituyente, de organizar con esmero la inversión de los fondos públicos de fomento económico, o de apoyo, auxilio o estímulo de los institutos o empresas útiles o benéficas, en interés general y de la cultura. Primeramente, para evitar que por dispersión de los recursos se malogre el buen éxito de la gestión oficial; y en segundo término, porque el desarrollo de los pueblos exige planificación de su actividad.

Todo lo cual significa obviamente que si en general existen instituciones dignas de apoyo, como las que se dedican a la formación de la juventud universitaria, no es posible sin embargo decretar auxilios de los fondos nacionales sino con sujeción estricta a los planes y programas adoptados con antelación por el Congreso, como surge con claridad del imperativo constitucional que exige el lleno de las condiciones presupuestas por la correspondiente planeación.

Si la ley que contenía esas provisiones, número 71 de 1946, fue derogada por el Decreto-Ley 1675 de 14 de julio de 1964, esto en manera alguna significa que el Parlamento pueda votar aquellos auxilios sin la programación exigida por el constituyente. Solo quiere decir que mientras tanto le está vedado decretarlos. Si así no fuese, le bastaría al Congreso no expedir ley alguna de planeación para convertir en letra muerta el ordinal 20 en referencia. Lo cual repugna.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, tres (3) de agosto de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez).

Enviado a la sanción ejecutiva el proyecto de ley número 105, originario de la Cámara de Representantes, "por la cual se dispone un auxilio extraordinario para la Universidad del Atlántico", el señor Presidente de la República lo objetó en su artículo 1º por inconstitucionalidad, y en todo por inconveniencia. Y como las Cámaras insistieran, ha venido a la Corte el proyecto para resolver únicamente sobre el reparo de inexequibilidad, desde luego que nada le concierne en la cuestión de inconveniencia.

El proyecto dice:

"Artículo 1º Auxíliase a la Universidad del Atlántico con la suma de diez millones de pesos ($ 10.000.000.00) que serán pagados por el Tesoro Nacional en las próximas vigencias fiscales, en partidas anuales de un millón de pesos, con destino a la construcción de los edificios de dicha Universi-

dad, y a las demás obras que sus directivas estimen conveniente.

"Artículo 2º Este auxilio tendrá el carácter de extraordinario y se pagará sin perjuicio de los aportes ordinarios de que actualmente disfruta la Universidad del Atlántico. El Gobierno queda autorizado para hacer los traslados y abrir los créditos que fueren necesarios para darle cumplimiento a esta ley, la cual rige desde su sanción.

"Artículo 3º Esta ley rige desde su sanción".

La objeción de inconstitucionalidad se basa en que si bien los establecimientos de enseñanza profesional son dignos de estímulo y apoyo por parte de la nación, en el proyecto a estudio no se han satisfecho los requisitos que en desarrollo del ordinal 20, artículo 76 de la Constitución, fueron señalados por la Ley 71 de 1946 para que las empresas útiles o benéficas recibieran auxilios nacionales.

El señor Procurador General de la Nación conceptúa que el cuestionado artículo 1º del proyecto es inexequible por violar el dicho ordinal 20, artículo 76 de la Constitución.

Se considera

Es voluntad terminante, expresada con suma claridad por el referido ordinal 20, artículo 76 de la Carta fundamental, que si no es "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes", le esté vedado al Congreso fomentar por medio de leyes empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo o apoyo.

No se oculta la finalidad perseguida por el constituyente, de organizar con esmero la inversión de los fondos públicos de fomento económico, o de apoyo, auxilio o estímulo de los institutos o empresas útiles o benéficas, en interés general y de la cultura. Primeramente, para evitar que por dispersión de los recursos se malogre el buen éxito de la gestión oficial; y en segundo término, porque el desarrollo de los pueblos exige planificación de su actividad.

Todo lo cual significa obviamente que si en general existen instituciones dignas de apoyo, como las que se dedican a la formación de la juventud universitaria, no es posible sin embargo decretar auxilios de los fondos nacionales sino con sujeción estricta a los planes y programas adoptados con antelación por el Congreso, como surge con claridad del imperativo constitucional que exige el lleno de las condiciones presupuestas por la correspondiente planeación.

Si la ley que contenía esas provisiones, número 71 de 1946, fue derogada por el Decreto-Ley 1675 de 14 de julio de 1964, esto en manera alguna significa que el Parlamento pueda votar aquellos auxilios sin la programación exigida por el constituyente. Solo quiere decir que mientras tanto le está vedado decretarlos. Si así no fuese, le bastaría al Congreso no expedir ley alguna de planeación para convertir en letra muerta el ordinal 20 en referencia. Lo cual repugna.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta, DECLARA INEXEQUIBLE el artículo 1º del proyecto de ley "por el cual se dispone un auxilio extraordinario para la Universidad del Atlántico", objetado por el señor Presidente de la República.

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

José Hernández Arbeláez, Ramiro Araujo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, José Joaquín Rodríguez, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Gonzalo Vargas Rubiano, Conjuez.
Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DESIGNACION DE CONSEJEROS DE ESTADO

LA CORTE DECLARA INEXEQUIBLE EL INCISO SEGUNDO DEL ARTICULO 21 DEL DECRETO-LEY NUMERO 528 DE 9 DE MARZO DE 1964.

Normas y finalidades del sistema de la coptación. — La regla recogida en el inciso 3º de la enmienda constitucional de 1957, no requiere reglamento legal para su operancia. — Tránsito del sistema antiguo al actual. — El sistema de la coptación es aplicable, sin distinción alguna, para las vacantes que se produzcan a partir de la reforma pues el constituyente prescribió sin limitaciones este régimen al señalar que las vacantes de los Consejeros de Estado las llenará la propia corporación. — Significado del vocablo 'vacante' en su sentido natural y obvio. — Quebranto de la norma contenida en el artículo 12 del Plebiscito por el inciso 2º del artículo 21 del Decreto-Ley número 528 de 9 de marzo de 1964.

1. En virtud de la estructura jurisdiccional instituída por el artículo 12 del Plebiscito, se estableció la organización paritaria de las magistraturas colegiadas a que dicha norma se refiere —tanto en la rama propiamente jurisdiccional como en la de lo Contencioso Administrativo—, la estabilidad de dichos funcionarios mientras observen buena conducta y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, y la designación de aquéllos por la misma Corporación en que se produce la vacante. Ahora bien: las normaciones de la citada enmienda constitucional de 1957, miran a la estructuración de uno de los órganos del Estado y a garantizar su autonomía e independencia frente a las ramas del Poder Público, todo ello en orden a asegurar los fines del Estado. Por lo tanto, el ordenamiento del artículo 12 de la enmienda que dice relación al modo de ser de uno de los órganos del Estado, no puede ser objeto de una regulación legal que contraríe ese precepto de la Carta, aunque el mismo Constituyente hubiera previsto expresamente una vía de reglamentación de lo ordenado por él, pues, aún en este caso, el reglamento debe limitarse a proveer sobre la operancia o efectividad de la norma superior, o sea, a establecer los detalles de aplicación de los principios que ella concreta.

La mencionada enmienda plebiscitaria señaló un procedimiento para la designación de Consejeros de Estado por la misma Corporación en que se produce la vacante, por manera que cualquiera regulación legal que estatuya con posterioridad a la reforma constitucional dicha, un sistema diverso de elección para los funcionarios de esa Entidad, contraría en principio esa norma de superior jerarquía.

2. En el caso del artículo 12 del Plebiscito no podría decirse que este precepto ha creado, en cuanto al sistema y organización institucionales allí previstos, una situación de inoperancia o inaplicabilidad de sus normaciones, con base en que el último inciso de ese artículo diga que "la ley reglamentará la presente disposición y organizará la carrera judicial". Porque, el Constituyente no subordinó la eficacia de las reglas contenidas en los incisos 1º y 3º del precepto

citado —paridad política y sistema de elección de los Magistrados y Consejeros por coptación— a la reglamentación de la ley, como requisito sustancial o necesario para lograr los fines allí previstos, y, de otra parte, tales disposiciones, en cuanto a la función que debían cumplir, no se establecieron con ningún carácter restrictivo o modal en cuanto a su aplicación.

3. La regla recogida en el aparte o inciso 3º de la enmienda constitucional de 1957 no requiere reglamento legal para su operancia, y por ende, al resultar inobjetable su vigencia actual, dicha disposición reformó las normas anteriores de la Carta en cuanto consagraban un sistema distinto para el lleno de la función allí prevista. Ahora bien: el artículo 136 de la Constitución establecía el sistema de elección de los Consejeros de Estado —principales y suplentes— por las Cámaras Legislativas, de ternas formadas por el Presidente de la República, y la designación de los interinos por el Gobierno Nacional. Ante el silencio del artículo 12 del Plebiscito sobre la forma de efectuar el tránsito del sistema de elección antiguo al actual, o, mejor aún, sobre el modo de integrar por primera vez las Corporaciones a que este precepto se refiere, el Congreso eligió en octubre de 1958 el Consejo de Estado, de ternas presentadas por el Presidente de la República, intervención por medio de la cual tanto las Cámaras como el Gobierno agotaron la potestad que les correspondía en la formación de aquella entidad. Así que la designación de Consejeros titulares que entonces se hizo, está indicando que el Gobierno y el Congreso, al proceder a la provisión en propiedad de las vacantes del Consejo, que estaba integrado por solo miembros interinos, ejercitaron el poder legal correspondiente, o sea, la potestad de llenar las vacantes producidas con anterioridad al acto reformatorio de 1957. Por modo que, de esa circunstancia no puede deducirse, como lo pretende la Procuraduría General, la coexistencia jurídica del artículo 136 de la Carta y del ordenamiento establecido en el inciso 3º de la enmienda plebiscitaria, sino solo que la regla última: "las vacantes serán llenadas por la respectiva Corporación", ha de entenderse en el sentido de que el sistema de la coptación es aplicable, sin distinción alguna, para las vacantes que se produzcan a partir de la reforma, una vez agotada, como efectivamente lo fue, la facultad del Congreso y del Gobierno en la formación de aquella entidad mediante la última elección de sus miembros titulares.

4. La atribución actual sobre designación de Consejeros de Estado por la misma Corporación en que se produce la vacante, la predica la comentada enmienda constitucional en forma simple y clara, sin salvedades ni distinciones de ninguna clase en cuanto a la aplicación de esta facultad, por lo que resulta contrario al espíritu de dicha enmienda, que instituyó y consagró plenamente el sistema de la coptación en la forma y con las finalidades antes indicadas, pretender vincular ahora la elección de los nuevos Consejeros de Estado a un régimen constitucional anterior que dejó de tener vigencia por voluntad manifiesta del legislador supremo, pues ello implicaría que la simple disposición de la ley, al aumentar el número de miembros de esa Corporación, tendría a su vez el efecto de restablecer procedimientos normativos anteriores y distintos a los señalados en aquella reforma para la designación de dichos funcionarios, creando así para éstos un status de excepción, diverso al instituído por voluntad popular en el Plebiscito para la provisión de estas vacantes.

5. Aunque el artículo 15 del Código Judicial, traído como argumento por el agente del Ministerio Público, hace referencia a los artículos 5º y 13 ibídem, que respectivamente enumeran los casos de insubsistencia de nombramientos y de pérdida de destinos, a efecto de determinar que tales situaciones "dejan vacante el puesto", ello mismo está indicando que el sobredicho artículo 15, sin definir el concepto de vacancia, apenas hace una aplicación del mismo a los casos que contempla, vale decir sin que tenga que entenderse descartada la ocurrencia del fenómeno en cualquiera otro evento que lo constituya, como sucede precisamente en el de que se trata en este debate, es decir, creación de cargos que, mientras no hayan sido provistos, necesariamente tienen la calidad de vacantes.

Además, va contra la presunción de sabiduría en el Constituyente, que prescribió sin limitaciones el régimen de la coptación al señalar que las vacantes de los Consejeros de Estado las llenará la propia Corporación, el que hubiera querido conservar vigente, como lo entiende la Procuraduría General, un texto contrario al sistema constitucional últimamente establecido sobre estructuración de una de las ramas del Poder Público, cual sería el artículo 136 de la Carta, al que son abiertamente opuestos el espíritu y letra de la enmienda. Al desechar y cambiar el Constituyente el antiguo sistema, reglamentando en forma nueva esta materia, y al haberse agotado con la última elección la facultad que tuvieron las Cámaras y el Gobierno en la formación del Consejo de Estado, resulta que la elección de los nuevos Consejeros queda necesariamente sometida al status plebiscitario, es decir, al sistema de la coptación. Y, como de otra parte, la aceptación castellana de la voz 'vacante', según el Diccionario de la Lengua, se aplica también "al cargo, empleo o dignidad que está sin proveer", ello indica que esa significación del vocablo en su sentido natural y obvio, fue la que consagró el Constituyente, y que corresponde perfectamente a los fines que inspiraron la reforma.

Corte Suprema de Justicia.— Sala Plena.— Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Zambrano).

El doctor Hernando Morales, en ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 214 de la Constitución Nacional y en escrito que reúne las exigencias establecidas en el artículo 2º de la Ley 96 de 1936, solicitó se declare inexequible el inciso 2º del artículo 21 del Decreto-Ley número 528 de 9 de marzo de 1964.

El citado precepto dice:

"Artículo 21. El Consejo de Estado estará integrado por diez y seis Consejeros y se dividirá en dos Salas denominadas así: Sala de lo Contencioso Administrativo y Sala de Consulta y de Servicio Civil. Además tendrá cuatro Fiscales.

"El Senado y la Cámara de Representantes eligirán los seis nuevos Consejeros de Estado, por mitad, de ternas que le pase el Presidente de la República".

El actor considera que la disposición acusada infringe la norma recogida en el artículo 149 de la Constitución Nacional, artículo 12 del Plebiscito de 1º de diciembre de 1957, por las siguientes razones:

"a) El Plebiscito referido, cuyos preceptos entraron a formar parte de la Constitución, estableció que los Consejeros de Estado permanecerán en sus cargos mientras observen buena conducta y no hayan llegado a edad de retiro forzoso, y que las vacantes de tales cargos las llenará el propio Consejo de Estado, vale decir, que instituyó la coptación para proveerlas.

"b) La coptación comenzó así a operar, sin excepción siquiera para los funcionarios interinos, como lo ha dicho y practicado la Corte en varios casos de sus Magistrados, que quedaron bajo igual status plebiscitario.

"c) Esto implica que cualquier nueva elección de Consejeros debe realizarse por dicho sistema, sin que la ley pueda modificarlo.

"d) La circunstancia de que la norma constitucional hable de 'vacantes', no tiene el alcance de que la creación de nuevas plazas pueda efectuarse como una ley o un decreto-ley lo determinen, sin sujeción a la Constitución, pues la intención del constituyente primario fue entronizar un régimen de elección para tales funcionarios, que proviniera de la propia corporación.

"e) Lo dicho se confirma con la segunda acepción castellana de la voz 'vacante', que es la que sigue: "Aplícase al cargo, empleo o dignidad que está sin proveer'. No sobra recordar que la voz 'vacancia', equivale a 'vacante', 2ª acepción, como también lo dice el Diccionario de la Real Academia Española.

"f) Para la interpretación de las palabras que obran en las leyes, y por lo tanto en la Constitución, pues es regla general de derecho, es aplicable el artículo 29 del C. C. que reza: 'Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido

expresamente para ciertas materias, se les dará en ésta su significado legal'.

"g) Y si bien la 'vacancia' en los empleos judiciales está implícitamente definida en el artículo 13 del C. J., así como en el 5º se contemplan los casos de insubsistencia del nombramiento, que igualmente implican 'vacancia' de acuerdo con el artículo 15 ibídem, el evento de creación de nuevos cargos no aparece allí, por lo cual el significado es el que le da su sentido natural y obvio, o sea el transcrito en el literal e).

"h) Así, pues, el procedimiento de elección comprende no solo a los cargos que están sin proveer por faltas absolutas o temporales de quienes los ejercen, sino a toda clase de 'vacancia', o sea a los cargos creados y no provistos, que es lo ocurrido para los seis nuevos Consejeros de Estado, creados por el primer inciso de la norma acusada.

"i) De esta manera, las 'vacantes' de los nuevos cargos de Consejeros de Estado deben llenarse de acuerdo con el artículo 149 de la Constitución, 12 del Plebiscito de 1957 y como el Decreto acusado le es contrario, resulta evidente su inconstitucionalidad".

Recibida la demanda y pasada en traslado al señor Procurador General de la Nación, al referirse al concepto de violación enunciado en el libelo, manifiesta que el artículo 12 del Plebiscito de 1º de diciembre de 1957 no subrogó ni derogó el artículo 149 de la Constitución, integrado por el artículo 50 del Acto Legislativo número 1º de 1945 y la parte vigente del artículo 149 de la Carta de 1886, sino que solo modificó y adicionó la referida norma, todo lo cual puede predicarse, latu sensu, respecto del artículo 136 de la Constitución —36 del Acto Legislativo precitado— únicamente modificado y adicionado, en parte, por el artículo 12 de la reforma constitucional plebiscitaria.

Luego, en apoyo de su tesis, expresa que tanto el Código de Régimen Político y Municipal (artículos 248 y 305) como la Ley 105 de 1931 (artículos 5º, 13 y 15) han determinado, en forma clara y precisa, cómo se produce la 'vacancia' y cuándo debe considerarse 'vacante' un empleo, por lo cual no es acertado acudir al Diccionario de la Real Academia Española para entender el sentido de un vocablo que legalmente está definido. Y dice al respecto:

"Ahora bien: ¿cuáles son las 'vacantes' a que sace referencia el artículo 12 del Plebiscito de 1957?

"Es obvio que son las contempladas en la Constitución y las definidas por el legislador. No cabe duda, porque si la Carta Fundamental dice que cuando ocurra falta absoluta de algún Magistrado, por muerte, renuncia aceptada, vacante constitucional o destitución judicial, se procederá a nuevo nombramiento; si el Código de Régimen Político y Municipal contempla esos casos como vacancia y lo mismo hace el Código Judicial, y si el Plebiscito de 1957 agrega que "las vacantes serán llenadas por la respectiva corporación", es innegable que al presentarse cualquiera de esos eventos debe aplicarse el mandato plebiscitario. Así, resulta lógico y jurídico, por ejemplo, que la 'coptation' opere para el nombramiento de funcionarios interinos que deban reemplazar a los titulares de la Corte Suprema y el Consejo de Estado, por licencia concedida, enfermedad o suspensión, porque estos son casos de falta temporal que la ley equipara a vacancia. Pero, como según lo anotado, la creación de nuevas plazas, aún sin proveer los destinos, no produce vacante constitucional ni legal, es forzoso concluir que esas son situaciones especiales que no pueden resolverse con la disposición del artículo 12 del Plebiscito, que se refiere única y exclusivamente a las vacantes, sino con la disposición constitucional que da al Congreso la atribución de elegir mediante ternas elaboradas por el Presidente de la República".

Termina el señor Procurador manifestando que se debe declarar exequible el precepto acusado, o sea, el inciso 2º del artículo 21 del Decreto-Ley 528 de 1964, por razones que resume así:

"a) Las normas constitucionales que expresan: 'La elección de Consejeros de Estado corresponde hacerla a las Cámaras Legislativas, de ternas formadas por el Presidente de la República' (Art. 136), y 'los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por las Cámaras Legislativas de ternas que les pasará el Presidente de la República' (Art. 149), no han sido sustituídas ni derogadas, y son aplicables

cuando la ley crea nuevas plazas en esas corporaciones.

"b) La norma contenida en el artículo 12 del Plebiscito de 1º de diciembre de 1957 y que dice: 'las vacantes serán llenadas por la respectiva corporación', se refiere a las vacantes constitucionales (Arts. 66, 149 y 160 de la Constitución) y a las vacantes legales (Arts. 248 y 305 del C. de R. P. y M. y 5º, 13 y 15 del C. J.).

"c) El inciso segundo del artículo 21 del Decreto-Ley 528 de 1964, al crear seis plazas más en el Consejo de Estado y al disponer que 'el Senado y la Cámara de Representantes elegirán los seis nuevos Consejeros de Estado, por mitad, de ternas que les pase el Presidente de la República', no infringe los artículos 136 y 149 de la Constitución Nacional, adicionados con el 12 del Plebiscito de 1957, por cuanto no se trata de vacantes que, según el último ordenamiento, deban ser llenadas por la respectiva corporación".

La Corte considera

I. La enmienda constitucional plebiscitaria, de 1º de diciembre de 1957, dispone en su artículo 12:

"La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado serán paritarios.

"Los Magistrados de la Corte Suprema y los Consejeros de Estado permanecerán en sus cargos mientras observen buena conducta y no hayan llegado a edad de retiro forzoso.

"Las vacantes serán llenadas por la respectiva corporación.

"La Ley reglamentará la presente disposición y organizará la carrera judicial".

II. El artículo 136 de la Carta (36 del Acto Legislativo número 1 de 1945) que el señor Procurador solo estima modificado y adicionado por la enmienda plebiscitaria, es del siguiente tenor:

"Habrá un Consejo de Estado integrado por el número de miembros que determine la ley.

"La elección de los Consejeros de Estado corresponde hacerla a las Cámaras Legislativas, de ternas formadas por el Presidente de la República. En cada terna será incluído uno de los Consejeros principales en ejercicio del cargo.

"Los Consejeros de Estado durarán cuatro años y se renovarán parcialmente cada dos. Cada miembro del Consejo tendrá un suplente, elegido por las Cámaras en la misma forma que los principales. Los suplentes reemplazarán a los principales en los casos de faltas absolutas o temporales.

"Corresponde al Gobierno la designación de Consejeros interinos.

"Los Ministros tienen voz y voto en el Consejo".

La norma anterior contempla tres clases de Consejeros: los principales y los suplentes (que reemplazarán a los principales en los casos de faltas temporales y absolutas), designados unos y otros por las Cámaras, de ternas formadas por el Presidente de la República; y los interinos, cuyo nombramiento corresponde al Gobierno Nacional. Además, en cuanto al deber del Presidente a este respecto, dicha disposición prevé que debía incluir en cada terna el nombre de un Consejero principal en ejercicio del cargo.

III. Dos conceptos o tesis se contraponen en lo atinente a la designación de los Consejeros de Estado, al fijar el alcance o cumplimiento de los anteriores preceptos constitucionales: la del demandante, quien afirma y entiende que en virtud de la enmienda plebiscitaria de 1º de diciembre de 1957, se instituyó el sistema de la coptación, o sea, un nuevo régimen de elección para tales funcionarios, que provenga de la propia corporación, régimen que la ley no puede modificar, puesto que comprende no solo la designación de Consejeros en caso de faltas temporales o absolutas, sino la elección de los nuevos funcionarios creados por el primer inciso de la ley acusada; y la tesis del Procurador General de la Nación, quien sostiene que la norma constitucional según la cual "la elección de los Consejeros de Estado corresponde hacerla a las Cámaras Legislativas, de ternas formadas por el Presidente de la República" (inciso segundo del artículo 136 de la Carta), está vigente y no es incompatible con el ordenamiento contenido en el artículo 12 del Plebiscito de 1957, como, entre otras razones, lo demuestra el hecho de que el Congreso pudo elegir en 1958 a los miembros de esa Corpora-

ción, de conformidad con lo dispuesto en aquella norma.

IV. En virtud de la estructura jurisdiccional instituída por el artículo 12 del Plebiscito, se estableció la organización paritaria de las magistraturas colegiadas a que dicha norma se refiere —tanto en la rama propiamente jurisdiccional como en la de lo Contencioso Administrativo—, la estabilidad de dichos funcionarios mientras observen buena conducta y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, y la designación de aquéllos por la misma corporación en que se produce la vacante. Ahora bien: las normaciones de la citada enmienda constitucional de 1957, miran a la estructuración de uno de los órganos del Estado, y a garantizar su autonomía e independencia frente a las ramas del Poder Público, todo ello en orden a asegurar los fines del Estado. Por lo tanto, el ordenamiento del artículo 12 de la enmienda, que dice relación al modo de ser de uno de los órganos del Estado, no puede ser objeto de una regulación legal que contraríe ese precepto de la Carta, aunque el mismo Constituyente hubiera previsto expresamente una vía de reglamentación de lo ordenado por él, pues, aún en este caso, el reglamento debe limitarse a proveer sobre la operancia o efectividad de la norma superior, o sea, a establecer los detalles de aplicación de los principios que ella concreta.

V. La mencionada enmienda plebiscitaria señaló un procedimiento para la designación de Consejeros de Estado por la misma corporación en que se produce la vacante, por manera que cualquiera regulación legal que estatuya, con posterioridad a la reforma constitucional dicha, un sistema diverso de elección para los funcionarios de esa entidad, contraría en principio esa norma de superior jerarquía.

VI. En el caso del artículo 12 del Plebiscito no podría decirse que este precepto ha creado, en cuanto al sistema y organización institucionales allí previstos, una situación de inoperancia o inaplicabilidad de sus normaciones, con base en que el último inciso de ese artículo diga que "la ley reglamentará la presente disposición y organizará la carrera judicial". Porque, el constituyente no subordinó la eficacia de las reglas contenidas en los incisos 1º y 3º del precepto citado —paridad política y sistema de elección de los Magistrados y Consejeros por coptación— a la reglamentación de la ley, como requisito substancial o necesario para lograr los fines allí previstos, y, de otra parte, tales disposiciones, en cuanto a la función que debían cumplir, no se establecieron con ningún carácter restrictivo o modal en cuanto a su aplicación.

VII. A este respecto, por ser tesis adoptada y reiterada por la Corte al resolver sobre la entidad o persona a quien corresponde llenar las vacantes de ésta, resulta pertinente acoger en este fallo consideraciones entonces expuestas, que son del siguiente tenor:

"... Desde el punto de vista de la reglamentación, el inciso 3º del artículo 12 de la reforma plebiscitaria suscita las siguientes consideraciones, con base en la doctrina constitucional de los tratadistas de derecho público.

"1º En un Estado de Derecho, todas las leyes, sean formales o materiales, cumplen los fines y desarrollan los principios virtualmente enunciados por la Carta, a los cuales no se pueden oponer. Desde este punto de vista toda legislación es un reglamento legal de la Constitución.

"2º El reglamento legal o la ley reglamentaria de la Constitución, que previamente se establece en ésta mediante las expresiones 'la ley organizará', 'la ley determinará', u otras de tenor semejante, recae sobre la materia de las reservas legales. Esta materia toca con cuestiones que, en sentir del Constituyente, son de tal naturaleza importantes y decisivas para el orden y supervivencia de la comunidad que la regulación, desarrollo y detalle deben quedar reservados exclusivamente al Legislador, para que éste las regule por medio de las leyes formales que sobre el particular expida. Tales textos, por ende, no dan base a que su desarrollo jurídico pueda ser realizado mediante otras leyes en sentido material o mediante la potestad reglamentaria del Ejecutivo.

"3º Los reglamentos legales que establece la Constitución pueden ser de dos clases: a) El reglamento necesario, sin el cual, a pesar de entrar en vigencia, no puede alcan-

zar viabilidad jurídica ni obrar prácticamente la norma constitucional reglamentable. Ello ocurre en virtud de diversas causas y razones que surgen del propio texto (causas técnicas, disposiciones de complemento, condiciones modales, formas esenciales, circunstancias de tiempo, etc.); b) El reglamento contingente, sin el cual puede obrar prácticamente la norma reglamentable, en razón de que **ésta constituye una proposición jurídica completa**; se está entonces en presencia de textos cuya realización jurídica obra de plano o **per vindicationem**, sin que para su operancia práctica sea menester esperar la expedición del reglamento legal.

"4º Uno de estos últimos textos es, sin duda, el inciso 3º del artículo 12 de la reforma plebiscitaria. Su contenido forma una proposición jurídica completa, y su aplicación no puede por ello condicionarse a la expedición del reglamento legal que el mismo artículo preestablece en su última parte, principio que por lo demás la Corte ya admitió desde su Resolución de 4 de julio de 1958". (Informe aprobado por esta Corporación en sesión plenaria de 2 de abril de 1959. G. J., T. 93, páginas 622 a 624).

VIII. Consecuencia de cuanto se deja expuesto, es la de que la regla recogida en el aparte o inciso tercero de la enmienda constitucional de 1957 no requiere reglamento legal para su operancia y que, por ende, al resultar inobjetable su vigencia actual, dicha disposición reformó las normas anteriores de la Carta en cuanto consagraban un sistema distinto para el lleno de la función allí prevista. Ahora bien: el artículo 136 de la Constitución establecía el sistema de elección de los Consejeros de Estado —principales y suplentes— por las Cámaras Legilativas, de ternas formadas por el Presidente de la República, y la designación de los interinos por el Gobierno Nacional. Ante el silencio del artículo 12 del Plebiscito sobre la forma de efectuar el tránsito del sistema de elección antiguo al actual, o, mejor aún, sobre el modo de integrar por primera vez las corporaciones a que este precepto se refiere, el Congreso eligió en octubre de 1958 el Consejo de Estado, de ternas presentadas por el Presidente de la República, intervención por medio de la cual tanto las Cámaras como el Gobierno agotaron la potestad que les correspondía en la formación de aquella entidad. Así que la asignación de Consejeros titulares que entonces se hizo, está indicando que el Gobierno y el Congreso, al proceder a la provisión en propiedad de las vacantes del Consejo, que estaba integrado por solo miembros interinos, ejercitaron el poder legal correspondiente, o sea, la potestad de llenar las vacantes producidas con anterioridad al acto reformatorio de 1957. Por modo que, de esa circunstancia no puede deducirse, como lo pretende la Procuraduría General, la coexistencia jurídica del artículo 136 de la Carta y del ordenamiento establecido en el inciso tercero de la enmienda plebiscitaria, sino solo que la regla última: "las vacantes serán llenadas por la respectiva corporación", ha de entenderse en el sentido de que el sistema de la coptación es aplicable, sin distinción alguna, para las vacantes que se produzcan a partir de la reforma, una vez agotada, como efectivamente lo fue, la facultad del Congreso y del Gobierno en la formación de aquella entidad mediante la última elección de sus miembros titulares.

IX. La atribución actual sobre designación de Consejeros de Estado por la misma corporación en que se produce la vacante, la predica la comentada enmienda constitucional en forma simple y clara, sin salvedades ni distinciones de ninguna clase en cuanto a la aplicación de esa facultad, por lo que resulta contrario al espíritu de dicha enmienda, que instituyó y consagró plenamente el sistema de la coptación en la forma y con las finalidades antes indicadas, pretender vincular ahora la elección de los nuevos Consejeros de Estado a un régimen constitucional anterior que dejó de tener vigencia por voluntad manifiesta del legislador supremo, pues ello implicaría que la simple disposición de la ley, al aumentar el número de miembros de esa Corporación, tendría a su vez el efecto de restablecer procedimientos normativos anteriores y distintos a los señalados en aquella reforma para la designación de dichos funcionarios, creando así para éstos un status de excepción, diverso al instituído por voluntad popular en el plebiscito para la provisión de estas vacantes.

X. Aunque el artículo 15 del Código Judicial, traído como argumento por el Agente del Ministerio Público, hace referencia a los artículos 5º y 13 ibídem, que respectivamente enumeran los casos de insubsistencia de nombramientos y de pérdida de destinos, a efecto de determinar que tales situaciones "dejan vacante el puesto", ello mismo está indicando que el sobredicho artículo 15, sin definir el concepto de vacancia, apenas hace una aplicación del mismo a los casos que contempla, vale decir sin que tenga que entenderse descartada la ocurrencia del fenómeno en cualquiera otro evento que lo constituya, como sucede precisamente en el de que se trata en este debate, es decir, creación de cargos que, mientras no hayan sido provistos, necesariamente tienen la calidad de vacantes.

Además, va contra la presunción de sabiduría en el constituyente, que prescribió sin limitaciones el régimen de la coptación al señalar que las vacantes de los Consejeros de Estado las llenará la propia corporación, el que hubiera querido conservar vigente, como lo entiende la Procuraduría General, un texto contrario al sistema constitucional últimamente establecido sobre estructuración de una de las ramas del Poder Público, cual sería el artículo 136 de la Carta, al que son abiertamente opuestos el espíritu y letra de la enmienda. Al desechar y cambiar el Constituyente el antiguo sistema, reglamentando en forma nueva esta materia, y al haberse agotado con la última elección la facultad que tuvieron las Cámaras y el Gobierno en la formación del Consejo de Estado, resulta que la elección de los nuevos Consejeros queda necesariamente sometida al status plebiscitario, es decir, al sistema de la coptación. Y, como de otra parte, la acepción castellana de la voz 'vacante', según el Diccionario de la Lengua, se aplica también "al cargo, empleo o dignidad que está sin proveer", ello indica que esa significación del vocablo en su sentido natural y obvio, fue la que consagró el Contituyente, y que corresponde perfectamente a los fines que inspiraron la reforma.

De todo lo anterior se sigue, que confrontado el inciso 2º del artículo 21 del Decreto-Ley número 528 de 9 de marzo de 1964 con el artículo 12 del Plebiscito de 1º de diciembre de 1957, surge el quebranto de esta última norma.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y en ejercicio de la facultad constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta, DECLARA INEXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 21 del Decreto-Ley número 528 de 9 de marzo de 1964.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

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

Ricardo Ramírez, Secretario.

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DE ALGUNAS DISPOSICIONES DEL DECRETO 1716 DE 1960.

Una decisión de fondo sobre una demanda de la naturaleza de la propuesta en el presente caso, requiere, como presupuesto indispensable la vigencia de las disposiciones acusadas. — La Corte declara que por carencia de objeto o sustracción de materia, no hay lugar a proveer en el fondo sobre la demanda en referencia.

Las normas impugnadas del Decreto número 1716 de 1960 fueron subrogadas por cuanto el artículo 111 del Decreto número 1356, del 9 de junio de 1964, expresamente dispuso: "Suprímese la División de Instrucción Criminal del Ministerio de Justicia con todos los cargos en ella existentes". La vigencia de esta disposición fue fijada por el artículo 11 del Decreto 1822 de 1964 (17 de junio), para el 1º de julio del presente año, y luego aplazada por el 12 del Decreto 1697 de 1965 hasta el 5 de agosto último, fecha en que empezó a regir.

De modo que, en virtud de tales ordenamientos, no se encuentran en vigor las normas demandadas, puesto que por aquellos fueron suprimidos las dependencias y cargos a que se refieren éstas (Arts. 31 a 35 del decreto acusado). Entre ellos los Jueces de Instrucción Criminal como dependencia integrante de la mencionada División, constituyendo las disposiciones concernientes a estos funcionarios, en cuanto a su nombramiento, funciones y adscripción al Ministerio de Justicia, el motivo fundamental de inconstitucionalidad alegada por el actor.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Antonio Moreno Mosquera).

El señor Absalón Lozano Asprilla, ciudadano colombiano, en ejercicio de la acción pública establecida por el artículo 214 de la Constitución Nacional, demandó a la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, la declaratoria de inexequibilidad de algunas disposiciones del Decreto 1716 de 18 de julio de 1960, "por medio del cual el Presidente de la República, en ejercicio de sus funciones legales, y de las extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1958, y en desarrollo del Decreto 0550 de 1960, reorganiza el Ministerio de Justicia".

El demandante acompañó a su libelo copia autenticada del Diario Oficial en que aparece publicado el citado Decreto 1716, algunas de cuyas normas demanda.

Aun cuando en su demanda el actor no puntualiza con toda claridad y precisión cuáles son los artículos del citado decreto cuya inexequibilidad solicita sea declarada por la Corte, pues al principio reproduce en ellas muchas disposiciones, que de acuerdo con el contenido y fundamento expuestos en el cuerpo de la misma, ninguna relación directa tienen con la solicitud que formula, no obstante, del contexto de su pedimento y de la fundamentación que pretende darle, aparece que las disposiciones particularmente tachadas de inconstitucionalidad son las contenidas en el literal f) del artículo 1º del decreto; en el literal d), apartado 2 (i), de su artículo 2º; en el aparte 2º (i) del artículo 31; en el literal e) del artículo 32; en los literales a) y g) del artículo 33, y en el artículo 35, todas las cuales se refieren a los Jueces de Instrucción Criminal y a la dirección y vigilancia, de la

función que desarrollan en el país. Igualmente, la que se contiene en el artículo 81 que señala la vigencia del decreto y dice que éste deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

El punto fundamental de la impugnación puede sintetizarse en el sentido de que el demandante considera que las facultades extraordinarias que el Congreso otorgó al Gobierno por medio de la Ley 19 de 1958, "no lo autorizaba ni expresa ni tácitamente para introducir una reforma judicial como la que ha introducido el Gobierno en el decreto acusado, consistente en incorporar los jueces de instrucción criminal, del Cuerpo Auxiliar del Organo Jurisdiccional dentro del Organo Ejecutivo, convirtiendo los funcionarios de esta institución de creación constitucional, en simples agentes políticos y administrativos del Presidente de la República", lo que en concepto del demandante entraña la violación de los artículos 58, 61, 76, 78 y 218 de la Carta, ya que el Gobierno Nacional usurpó facultad y atribuciones que solamente le competían al Congreso.

Además, según el actor, al establecer el Decreto 1716 de 1960 que corresponde al Ministerio de Justicia la dirección y vigilancia de la instrucción criminal en el país y que los jueces de instrucción criminal quedan como dependientes de la Sección Administrativa denominada "División de Instrucción Criminal" de dicho Ministerio, "viola manifiesta y ostensiblemente la Constitución Nacional vigente en el contenido y en los principios que pregonan los artículos 26, 55, 61 y 157 de la Suprema Carta".

Agrega también el demandante, que la atribución que el Decreto 1716 de 1960 le da al Director de la División de Instrucción Criminal y al Jefe de la Sección de Registro y Vigilancia de la misma dependencia, para proyectar y proferir las providencias por las cuales se sancionan disciplinariamente a los jueces de instrucción criminal y a sus subalternos, viola el inciso 2º del artículo 160 de la Constitución, que establece que los magistrados y los jueces solo podrán ser sancionados por el respectivo superior.

Sostiene, por último, el demandante, que se viola igualmente la atribución 5ª del artículo 120 de la Carta, por cuanto de acuerdo con el artículo 157 de ésta, la designación de los jueces de instrucción criminal corresponde a los tribunales superiores de distrito judicial, y que, en consecuencia, su nombramiento por el Gobierno es contrario a aquella atribución, que "únicamente le concede al Presidente la facultad de nombrar los empleados cuya provisión no corresponde a otros funcionarios o corporaciones".

Concepto del Ministerio Público

Conceptúa el señor Procurador General de la Nación en su respuesta a la demanda de inexequibilidad que las disposiciones del decreto, acusadas de inconstitucionales, son exequibles y no violan las de la Carta que cita el actor.

Emitió dicho concepto cuando aquellas normas estaban vigentes.

De entonces al momento actual la situación ha cambiado, y, por eso, no se reproduce la réplica que le formula al libelo.

Para resolver se considera:

Una decisión de fondo sobre una demanda de la naturaleza de la propuesta en este caso, requiere, como presupuesto indispensable la vigencia de las disposiciones acusadas. Si éstas han dejado de regir, ya no es posible un pronunciamiento de tal índole. Hay carencia de objeto o sustracción de materia, como tantas veces lo ha repetido la Corte.

En este evento falta dicho presupuesto. Las normas impugnadas del Decreto número 1716 fueron subrogadas por cuanto el artículo 111 del Decreto número 1356, del 9 de junio de 1964, expresamente dispuso: "Suprímese la División de Instrucción Criminal del Ministerio de Justicia con todos los cargos en ella existentes". La vigencia de esta disposición fue fijada por el artículo 11 del Decreto 1822 de 1964 (17 de junio), para el 1º de julio del presente año, y luego aplazada por el 12 del Decreto 1697 de 1965 hasta el 5 de agosto último, fecha en que empezó a regir.

De modo que, en virtud de tales ordenamientos, no se encuentran en vigor las normas demandadas, puesto que por aquéllos fueron suprimidos las dependencias y cargos a que se refieren éstas (Arts. 31 a 35

del decreto acusado). Entre ellos, los Jueces de Instrucción Criminal como dependencia integrante de la mencionada División, constituyendo las disposiciones concernientes a estos funcionarios, en cuanto a su nombramiento, funciones y adscripción al Ministerio de Justicia, el motivo fundamental de inconstitucionalidad alegado por el actor.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, en ejercicio de la jurisdicción que le otorga el artículo 214 de la Constitución Nacional, DECLARA que no hay lugar a proveer en el fondo sobre la demanda a que se contrae esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araujo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Antonio Moreno Mosquera, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Julio Roncallo Acosta, Víctor G. Ricardo.

Ricardo Ramírez, Secretario.

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º Y 4º DEL PROYECTO DE LEY NUMERO 43, "POR LA CUAL LA NACION COOPERA AL DESARROLLO DE UNA FUNDACION DE UTILIDAD COMUN, SIN ANIMO DE LUCRO, DESTINADA A LA EDUCACION UNIVERSITARIA", OBJETADO POR EL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.

La Corte reafirma su doctrina respecto de que se viola el ordinal 20, artículo 76 de la Constitución, cuando el Congreso decreta auxilios para empresas útiles o benéficas sin que preceda la planeación general correspondiente, organizada por el legislador.

Es cierto, como lo anota el Senado de la República al declarar infundadas las objeciones presidenciales, que la Ley 71 de 1946 fue derogada por el artículo 138 del Decreto-ley 1675 de 14 de julio de 1964. Pero esta derogatoria en manera alguna significa que el Parlamento pueda ordenar aquellos auxilios sin la programación que exige el constituyente. Resulta de ello únicamente, como lo ha expresado la Corte en recientes fallos, que mientras tanto le está vedado decretarlos. Si así no fuese, bastaría que el Congreso no expidiera ley alguna de planeación para que quedara sin vigencia el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, en el que se dispone que las leyes destinadas a "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo" deben ser expedidas "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

Las instituciones que se dedican a la formación de la juventud universitaria, son dignas de apoyo. Pero la finalidad perseguida por el constituyente, de organizar con el debido esmero la inversión de los fondos públicos de fomento económico, o de apoyo o estímulo de los institutos o empresas útiles o benéficas, lleva a que no se pueda decretar auxilios de los fondos nacionales sino con sujeción estricta a los planes y programas adoptados previamente por el Congreso, como se desprende del mandato constitucional que exige el cumplimiento pleno de las condiciones previstas por la correspondiente planeación.

Corte Suprema de Justicia.— Sala Plena.— Bogotá, 30 de noviembre de 1965.
(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Enviado a la sanción ejecutiva el proyecto de ley número 43, originario de la Cámara de Representantes, "por la cual la Nación coopera al desarrollo de una fundación de utilidad común, sin ánimo de lucro, destinada a la educación universitaria", el señor Presidente de la República lo objetó en sus artículos 1º y 4º por inconstitucionalidad, y en su conjunto por inconveniencia.

Como las Cámaras insistieran, ha llegado el citado proyecto de ley a la Corte para resolver sobre el reparo de inexequibilidad.

Dice el proyecto de ley:

"Artículo primero: Auxíliase a la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano con la suma de ($ 5.000.000.00) cinco millones de pesos con destino a la construcción de los edificios para su funcionamiento.

"Artículo segundo: El auxilio de que trata el artículo anterior será incluído por el Gobierno en los Presupuestos de las próximas vigencias, por décimas partes anuales, hasta completar su asignación total.

"Artículo tercero: A fin de darle cumplimiento oportuno a la presente ley el Gobierno queda autorizado para hacer los traslados y abrir los créditos que fueren necesarios.

"Artículo cuarto: La Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano por su parte, antes de recibir las cantidades por concepto de este auxilio, ha de darle cumplimiento a lo ordenado por la Ley 71 de 1946.

"Artículo quinto: Esta ley regirá desde su sanción".

La objeción de inconstitucionalidad está formulada en los siguientes términos:

"La Ley 71 de 1946, que desarrolla el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, considera como empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación, entre otras, la construcción de establecimientos de enseñanza secundaria, profesional, industrial y artística, los cuales deben someterse a los requisitos que ella señala.

"El artículo 2º de la Ley 71, exige que cuando se trate de la construcción o ensanche de una obra, el proyecto que persiga el apoyo nacional deberá presentarse acompañado de los documentos que allí enumera y de los contemplados en los artículos 3º, literal b), y 5º.

"Si bien es cierto que el proyecto contempla como condición previa para poder efectuar los pagos correspondientes que se dé cumplimiento a la Ley 71, también lo es que dicha norma exige que la presentación de los documentos o pruebas respectivos sea hecha con anterioridad a la expedición de la disposición que decreta los auxilios y no con posterioridad como se ha hecho en el presente caso. Si se aceptara tal interpretación de la citada Ley, tendríamos el caso de que dichos preceptos no son de obligatoria observancia para el Congreso sino para la entidad encargada de hacer los pagos respectivos.

"Las anteriores consideraciones obligan al Gobierno Nacional a objetar, respetuosamente, por inconstitucionalidad, los artículos 1º y 4º del proyecto de ley a que se refiere este mensaje, y por inconveniencia, su conjunto".

El señor Procurador General de la Nación conceptúa "que es inexequible, por contrario al ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, el proyecto de ley..." objetado.

Se considera

Es cierto, como lo anota el Senado de la República al declarar infundadas las objeciones presidenciales, que la Ley 71 de 1946 fue derogada por el artículo 138 del Decreto-Ley 1675 de 14 de julio de 1964. Pero esta derogatoria en manera alguna significa que el Parlamento pueda ordenar aquellos auxilios sin la programación que exige el constituyente. Resulta de ello únicamente, como lo ha expresado la Corte en recientes fallos, que mientras tanto le está vedado decretarlos. Si así no fuese, bastaría que el Congreso no expidiera ley alguna de planeación para que quedara sin vigencia el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, en el que se dispone que las leyes destinadas a "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo" deben ser expedidas "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

Las instituciones que se dedican a la formación de la juventud universitaria son dignas de apoyo. Pero la finalidad perseguida por el constituyente, de organizar con el debido esmero la inversión de los fondos públicos de fomento económico, o de apoyo o estímulo de los institutos o empresas útiles o benéficas, lleva a que no se pueda decretar auxilios de los fondos nacionales sino con sujeción estricta a los planes y programas adoptados previamente por el Congreso, como se desprende del mandato constitucional que exige el cumplimiento pleno de las condiciones previstas por la correspondiente planeación.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta, DECLARA

INEXEQUIBLES los artículos 1º y 4º del proyecto de ley número 43, "por la cual la Nación coopera al desarrollo de una fundación de utilidad común, sin ánimo de lucro, destinada a la educación universitaria", objetado por el señor Presidente de la República.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araujo Grau, Jorge Guerrero, Conjuez, *Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.*

Ricardo Ramírez L., Secretario.

GASTOS DE REPRESENTACION DE LOS CONGRESISTAS

La Corte declara inexequible el artículo 14 de la Ley 48 de 1962, en cuanto por él se ordena hacer efectivo el aumento de los gastos de representación decretado por el literal b) del artículo 5º de la misma Ley desde su sanción y antes de haber cesado en sus funciones los miembros de la legislatura en que fue votada; y exequibles los artículos 7º, 8º, 9º, 10, 12 y 13, acusados, de la ley en mención, relacionados con prestaciones sociales y otros beneficios para los miembros del Congreso y las Asambleas.

1. Si en verdad, como lo cree la Corte, los gastos de representación que el ordinal b) del artículo 5º de la Ley 48 de 1962 fija a los miembros del Congreso por cada día durante el período de sesiones, se estiman comprendidos en la asignación diaria, mal puede decirse que el ordenamiento legal en cuya virtud tales gastos han de pagarse, sea contrario al artículo 8º de la Reforma Constitucional aprobada por el Plebiscito de 1957, independientemente de la fecha de su vigencia y ya sea que se les identifique con las dietas o que se entienda que corresponden a un concepto distinto. El legislador, por este aspecto, se limitó a desarrollar el artículo 113 de la Carta, conforme al cual compete a la ley fijar y reglamentar la remuneración de los miembros del Congreso, o sea su asignación diaria, en los términos de aquella reforma.

2. La jurisprudencia de esta Corporación ha sido constante en el sentido de declarar que de conformidad con el artículo 112 de la Carta el aumento de los gastos de representación de los Senadores y Representantes, de igual modo que el de sus dietas y viáticos no puede tener efecto sino después de que hayan cesado en sus funciones los miembros de la legislatura en que los aumentos hubieren sido votados.

Tal jurisprudencia ha venido a cobrar fuerza en virtud del artículo 8º de la Reforma aprobada por el Plebiscito de 1957, que, en realidad, no solo prescribió el sueldo permanente como sistema de remuneración de los miembros del Congreso, sino que, además, al disponer que no tengan "sino asignaciones diarias durante el término de las sesiones" comprendió dentro de esa amplia denominación cualquier estipendio que se fijen los Congresistas, llámeselo como se quiera, modificando en cierta manera el artículo 112 de la Constitución que se refiere exclusivamente a "dietas" y "viáticos".

De consiguiente, ya no es mediante el empleo de un criterio extensivo como el artículo 112 ha de aplicarse al aumento de los gastos de representación, según se decidió por mayoría en la sentencia de 10 de noviembre de 1949, sino por fuerza de la integración de la norma constitucional prohibitiva, que ahora ha dilatado su ámbito en forma que no se escapa a ella ninguna modalidad de remuneración así se la denomine indemnización parlamentaria, subsidio, gastos de representación, prima, bonificación o de cualquiera otra manera.

Resulta, pues, que el artículo 14 de la Ley 48 de 1962, en cuanto por él se ordena hacer efectivo el aumento de los gastos de representación de los Senadores y Representantes desde la sanción de la misma ley, sanción que se efectuó antes de haber cesado en sus funciones quienes decretaron el aumento, es contrario al artículo 112 de la Carta, entendido en armonía con el 8º de la Reforma aprobada por el Plebiscito Nacional del 1º de diciembre de 1958.

3. Es acertado el criterio del señor Procurador porque evidentemente el artículo 8º de la Reforma aprobada por el Plebiscito versa sobre la remuneración de los miembros de los cuerpos de elección popular y no sobre sus prestaciones sociales.

La remuneración tiene un carácter conmutativo, ya que guarda correlación con la actividad o el esfuerzo efectivo o potencial de la persona a quien se destina. Se adquiere derecho a la remuneración siempre que se preste o se esté en disposición de prestar el correspondiente servicio y su finalidad es la de satisfacer una inmediata necesidad de sustento.

La genuina prestación social, en cambio, mira a la ocurrencia de riesgos que afectan la actividad laboral: enfermedad, accidente, invalidez, vejez, desempleo, muerte, etc. Y aunque para otorgarla o determinar su cuantía deba tomarse en consideración el monto de la remuneración o el tiempo de servicio, no deriva naturalmente de éste ni es un suplemento de aquélla, sino que se funda en un principio de solidaridad humana según el cual debe garantizarse el bienestar de los trabajadores de toda clase, no solo cuando están en plena capacidad de lucrarse de su labor, sino también cuando un evento infortunado interrumpe, disminuye o suprime esa capacidad.

Desde luego, las medidas de protección al trabajo tienden a favorecer a quienes lo realizan en condiciones de subordinación jerárquica e inferioridad económica, para subsanar el desequilibrio social resultante, y de allí que, a primera vista, tales medidas parecen extrañas en tratándose de Congresistas y Diputados, que integran organismos esencialmente autónomos y pertenecen a los sectores influyentes de la política. Mas es innegable que también ellos son servidores del Estado llamados por cierto a cumplir funciones decisorias en la vida democrática del país, a lo que se agrega que no exigiendo la Carta el requisito de caudal o hacienda para tener acceso a esos cargos, pueden y suelen conferírseles mediante la elección a ciudadanos que no poseen bienes de fortuna. Por este aspecto, su situación es equiparable a la de los altos empleados oficiales, por lo cual se ajusta a la organización constitucional el acto que les otorgue a aquéllos beneficios análogos a los establecidos para éstos, según lo dispone el artículo 7º de la Ley 48 de 1962, acusada por el demandante, sin que se viole el artículo 8º de la Reforma aprobada por el Plebiscito que, al consagrar la asignación diaria como modo de remuneración del servicio, no excluye la posibilidad de que el legislador conceda prestaciones sociales a los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales en caso de infortunio, de igual manera que a los demás trabajadores, oficiales o particulares.

Otro tanto cabe decir de los artículos 8º, 9º, 10 y 11 de la misma ley, que señalan el monto y las peculiaridades de las referidas prestaciones sociales, dentro del arbitrio conferido para ello por la Constitución. Tanto más cuanto que, en lo atinente al régimen jubilatorio de Congresistas y Diputados, a que se refieren esas disposiciones, es atribución del legislador, conforme al ordinal 10 del artículo 76 de la Carta, regular el servicio público, determinando los puntos de que trata el artículo 62 entre los cuales está el relativo a la determinación de "las condiciones de ascenso y de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público".

Igualmente atinada es la vista fiscal en lo que toca a la supuesta inexequibilidad de las disposiciones de la Ley 48 de 1962 sobre prestaciones de los Diputados, frente a las normas de independencia y autonomía departamental que consagran los artículos 183 y 187 de la Carta y a la excepción prevista en el 190 ibídem.

Es obvio que el artículo 183 debe entenderse en armonía con los artículos 17 y 30 de la misma Carta.

Ahora bien:

Función social por excelencia es la de dar al trabajador, intelectual o material, particular u oficial, la justa protección a que tiene derecho. Y si la propiedad privada, a la que está asimilada la de los bienes y rentas de los Departamentos, es susceptible de gravámenes en orden al debido amparo de aquel, no hay razón para sustraer de ese régimen a la propiedad de tales entidades. Por tanto, el interés privado de

éstas deberá ceder al interés social implícito en las respectivas leyes.

A las Asambleas compete sin duda "cuanto se refiere a los intereses seccionales y al adelantamiento interno". Pero ocurre que en materia de prestaciones sociales, la facultad de concederlas no es privativa de esas Corporaciones, ya que el Congreso puede regularlas en forma general, según los principios superiores atrás mencionados, en cuyo caso el estatuto nacional constituirá una base mínima obligatoria para los Departamentos. Y siendo así, la excepción contenida en el artículo 190 de la Constitución, no impide expedir leyes sobre prestaciones sociales de los Diputados, que también inciden en el orden departamental.

En consecuencia, la Corte declarará exequibles los artículos 7º, 8º, 9º, 10 y 13 de la Ley 48 de 1962.

Corte Suprema de Justicia.— Sala Plena.— Bogotá, D. E., 15 de diciembre de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Alberto Bravo).

El ciudadano **Jaime Soto Crespo**, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, acusa ante la Corte, y solicita que se declaren inexequibles por inconstitucionales, los artículos 5º (literal b), 7º (inciso primero y parágrafos primero y segundo), 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 y 14 de la Ley 48 de 1962, "por la cual se fijan unas asignaciones, se aclara la Ley 172 de 1959 y se dictan otras disposiciones".

Cita como violados los artículos 112, 183, 187 (numeral 2º) y 190 de la Codificación Constitucional vigente, así como el artículo 8º de la reforma aprobada por el Plebiscito del 1º de diciembre de 1957.

Las disposiciones acusadas

El texto de los preceptos legales acusados es como sigue:

"Artículo 5º En desarrollo del artículo 8º de la Reforma Constitucional Plebiscitaria del 1º de diciembre de 1957, fíjanse las asignaciones de los miembros del Congreso, durante el período de las sesiones, así:

"b) Ciento diez pesos ($ 110.00) como gastos de representación.

"....."

"Artículo 7º Los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales gozarán de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen.

"Parágrafo 1º Los Senadores, Representantes y Diputados principales que, antes de la fecha en que deban posesionarse de sus cargos, adquieran una enfermedad o sufran una lesión que los incapacite de modo temporal o permanente para desempeñarlos, tendrán derecho a las mismas prestaciones consagradas para los miembros del Congreso y Diputados en ejercicio.

"Parágrafo 2º Las prestaciones por muerte se causarán también cuando el Senador, el Representante o el Diputado principales fallecieren o hubieren fallecido después de la elección, pero antes de la fecha en que debieran haberse posesionado del cargo.

"Artículo 8º Las viudas de los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales, así como los hijos de uno y otros, menores de veintiún (21) años, tendrán derecho a seguir percibiendo el ochenta y cinco por ciento (85%) de la pensión de que gozaban sus maridos o padres fallecidos, mientras las primeras permanezcan en estado de viudez y los segundos no alcancen la mayor edad.

"Artículo 9º Para los efectos del artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, los lapsos o períodos de tiempo en que se hayan devengado asignaciones por servicios prestados a la Nación, en el ejercicio del cargo de Senador o de Representante; o a los Departamentos, en el de Diputados a la Asamblea, se acumularán a los demás lapsos de servicio oficial o semioficial. Para los efectos de la jubilación precedente, los períodos de sesiones ordinarias o extraordinarias del Congreso y de las Asambleas en cada legislatura anual se equipararán a los doce (12) meses de un año de calendario, o, proporcionalmente, al tiempo servido en el Congreso o Asamblea en la respectiva legislatura.

"Artículo 10. En la liquidación de la pensión de jubilación o de invalidez y demás prestaciones e indemnizaciones sociales de los miembros del Congreso, de las Asambleas Departamentales y de los otros servidores públicos de que trata esta Ley se computarán, no solamente los sueldos y las dietas, sino también los gastos de representación y cualquiera otra asignación de que ellos gozaren o hubieren gozado.

"Artículo 11. El seguro establecido por la Ley 172 de 1959 será de cien mil pesos ($ 100.000.00) a favor de los beneficiarios designados por el Parlamentario fallecido. Queda autorizado el Gobierno para asumir este riesgo a través del Instituto de Seguros Sociales o contratarlo con instituciones especializadas en la materia.

"Parágrafo 1º En caso de que no se hubieren designado beneficiarios, percibirán los herederos del causante de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

"Parágrafo 2º Si la muerte se produjere como consecuencia de un accidente por causa o con ocasión del trabajo, la indemnización será doble.

"Parágrafo 3º El parlamentario que falleciere dentro del período para que fue elegido y hubiere ejercido el cargo, gozará de esta misma prestación.

"Artículo 12. El Gobierno, una vez sancionada la presente Ley, procederá a hacer las traslaciones presupuestales y a abrir los créditos necesarios para su eficaz cumplimiento.

"Artículo 13. El Gobierno reglamentará la presente Ley en lo atinente a las prestaciones e indemnizaciones sociales de los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales, con el propósito de facilitar su más pronta y segura efectividad.

"Artículo 14. Esta Ley rige desde su sanción, abroga el Decreto 212 de 1958 y demás disposiciones que le sean contrarias".

El demandante sintetiza así los fundamentos de su acusación:

"Considero que el artículo 14 de la Ley 48 de 1962 es inexequible en cuanto establece que el artículo 5º de la misma Ley regirá desde la sanción de ella, violando así lo dispuesto por el artículo 112 de la Constitución, es decir, en cuanto hace aplicable inmediatamente un aumento de dietas —a título de "gastos de representación"— que favorece a los mismos congresistas que lo han votado.

"Estimo que los artículos 5º (literal b), 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12 y 13 de la Ley 48 de 1962 violan el artículo 8º de la reforma Constitucional Plebiscitaria, en cuanto señalan remuneraciones, prestaciones y beneficios para los Congresistas y Diputados distintos de las "asignaciones diarias" contempladas por ese artículo constitucional.

"Afirmo que los artículos 7º, 8º, 9º, 10 y 13, de la Ley 48 de 1962 —que fijan prestaciones sociales y beneficios para los Diputados a las Asambleas Departamentales— son inexequibles, por violación de los artículos 183, 187 (numeral 2º) y 190 de la Carta, en cuanto que, al señalar prestaciones y beneficios a los Diputados, pagaderos con fondos departamentales, quebrantan aquellas normas de la Constitución que garantizan la propiedad de los bienes y rentas departamentales, establecen la autonomía de las Asambleas para disponer de los recursos del Departamento y dan al legislador la restringida facultad de limitar las apropiaciones seccionales destinadas a las asignaciones de los Diputados.

El concepto del Procurador

El señor Procurador General de la Nación, en su vista de fondo, conceptúa:

1º Que es constitucional el literal b) del artículo 5º de la Ley 48 de 1962;

2º Que es inexequible el artículo 14 de la Ley 48 de 1962, en cuanto dispone que el aumento de los gastos de representación adoptado por el literal b) del artículo 5º de la misma Ley para los miembros del Congreso, rija desde su sanción, y no después que hayan cesado en sus funciones los miembros de la Legislatura en que fue votado, como lo dispone el artículo 112 de la Constitución Nacional;

3º Que los artículos 7º (inciso 1º y parágrafos 1º y 2º), 8º, 10 y 13 de la Ley 48 de 1962 son constitucionales en cuanto consagran prestaciones sociales u otros beneficios en favor de los Senadores, los Representantes y los Diputados a las Asambleas Departamentales; y

4º Que los artículos 11 y 12 son exequibles.

Consideraciones de la Corte

Capítulo I

Asignaciones de los miembros del Congreso

El Decreto número 0212 del 27 de junio de 1958, "por el cual se consagran normas especiales sobre asignaciones diarias y gastos de representación de los miembros del Congreso...", dispuso:

"Artículo primero. A partir del 20 de julio del presente año los miembros del Congreso Nacional tendrán una asignación diaria de $ 110.00 durante el período de las sesiones ordinarias o extraordinarias, en armonía con el artículo 68 de la Constitución Nacional, y el 8º del artículo único del Decreto número 0247 de 1957, Reforma Constitucional aprobada por el Plebiscito Nacional del 1º de diciembre de 1957.

"Artículo segundo. A partir del 20 de julio del presente año, y mientras esté reunido el Congreso en sesiones ordinarias o extraordinarias, los Senadores y Representantes que asistan a las sesiones tendrán derecho a gastos de representación por la cantidad de $ 40.00 diarios".

El artículo 5º de la Ley 48 de 1962, que abrogó expresamente dicho Decreto, fijó las asignaciones de los Senadores y Representantes, durante el período de las sesiones, así:

I. Ciento diez pesos ($ 110.00) como dietas, y

II. Ciento diez pesos ($ 110.00) como gastos de representación.

Así, pues, a tiempo que mantuvo la misma asignación por concepto de dietas, elevó los gastos de representación de cuarenta a ciento diez pesos.

El actor, aunque parece insinuar que la disposición que señala gastos de representación carece de base por no existir ningún precepto constitucional que los autorice, admite que tales gastos hacen parte de la asignación diaria de que trata el artículo 8º de la Reforma Constitucional aprobada por el Plebiscito de 1957.

Y si en verdad, como lo cree la Corte, los gastos de representación que el ordinal b) del artículo 5º de la Ley 48 de 1962 fija a los miembros del Congreso por cada día, durante el período de sesiones, se estiman comprendidos en la asignación diaria, mal puede decirse que el ordenamiento legal en cuya virtud tales gastos han de pagarse, sea contrario al artículo 8º de la Reforma Constitucional aprobada por el Plebiscito de 1957, independientemente de la fecha de su vigencia y ya sea que se les identifique con las dietas o que se entienda que corresponden a un concepto distinto. El legislador, por este aspecto, se limitó a desarrollar el artículo 113 de la Carta, conforme al cual compete a la ley fijar y reglamentar la remuneración de los miembros del Congreso, o sea su asignación diaria, en los términos de aquella reforma.

Capítulo III

Vigencia del aumento de la asignación diaria

Dispone el artículo 14 de la Ley 48 de 1962, que ésta rija desde su sanción. Luego el aumento de los gastos de representación en la suma de setenta pesos ($ 70.00) diarios, que se desprende del artículo 5º de la misma Ley, tiene vigencia desde el 18 de octubre de 1962, fecha en que fue sancionada por el Ejecutivo, aprovechando así a quienes lo decretaron como miembros del Congreso.

El acusador afirma que ello está en pugna directa con el artículo 112 de la Constitución, que establece: "Ningún aumento de dietas ni de viáticos decretado por el Congreso se hará efectivo sino después que hayan cesado en sus funciones los miembros de la legislatura en que hubiere sido votado".

Y arguye en seguida:

"De esta manera, si las dietas son el estipendio, el honorario o la retribución, parece claro que ellas comprenden todo emolumento o pago diario, a cualquier título que se haga, por lo cual "los gastos de representación" abarcados por el amplio vocablo "dieta" —no pueden tener vigencia inmediata"—.

"La palabra castellana "dieta" deriva del vocablo "dieta" del bajo latín, y éste a su vez del latín "dies", o sea "día". En su sentido obvio y en su significado etimológico, dieta es, pues la remuneración diaria, el

emolumento u honorario señalado por día de trabajo.

"Nótese que el artículo 5º de la Ley acusada fijó una suma diaria como gastos de representación, de modo que realmente señaló una nueva "dieta"; **gastos de representación diarios son dietas.**

"El nombre con que se designe la partida respectiva —pienso yo— poco importa. En derecho contemporáneo no hay palabras solemnes o sacramentales: ellas deben interpretarse de acuerdo con la finalidad de la disposición. El Constituyente empleó los vocablos "dietas" y "viáticos" en la convicción de que ellos cobren efectivamente toda posible remuneración, periódica o excepcional.

"La finalidad de la disposición contenida en el artículo 112 y la voluntad del Constituyente al expedirlo son clarísimas: los miembros del Congreso que votan un aumento —a cualquier título que lo hagan— no pueden beneficiarse de él. El Constituyente quiso, como salta a la vista, que el alza de las asignaciones de los Congresistas tuviera efectos solamente para quienes, elegidos posteriormente, no hubieran intervenido en su votación. El Constituyente quiso, simplemente, que los Congresistas no aumentaran sus propias asignaciones o remuneraciones. Pensó el Constituyente, a no dudarlo, que los parlamentarios actuarían en forma más objetiva, serena, prudente y acertada si el aumento de su remuneración solo aprovecha a los miembros de una legislatura posterior".

En apoyo de su tesis, el impugnador cita la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina sustentada sobre la materia por expositores de Derecho Constitucional Colombiano.

Por su parte, el señor Procurador General de la Nación expresa lo siguiente:

"La Ley, al fijar de conformidad con el artículo 113 de la Carta la remuneración de los miembros del Congreso, puede decretar cualquier aumento en ella; pero para la Procuraduría no hay duda de que el artículo 112 de la Constitución tiende a evitar, eficazmente y por razones que no es del caso analizar por conocidas y por poderosas, que los mismos legisladores que hagan el aumento se beneficien de él. Y así, dispone que solo se hará efectivo "después que hayan cesado en sus funciones los miembros de la legislatura en que hubiere sido votado".

"Bien es verdad que el artículo 112 habla de dieta y de viáticos, no de gastos de representación; por ello podría pensarse que la postergación en la vigencia del aumento rige solamente para el de dietas o viáticos mas no para el de tales "gastos de representación".

"Pero ya quedó dicho atrás que en sentir del suscrito Procurador todo lo que devengue diariamente, por cualquier concepto, cada miembro del Congreso equivale a su "asignación diaria" autorizada, como única remuneración posible, por el artículo 8º de la Reforma Plebiscitaria; el que esa remuneración diaria se señale globalmente en una sola partida o discriminadamente en dos o más no cambia en nada su esencia: la cantidad global o la suma de las partidas parciales serán siempre la remuneración de que trata el artículo 113 de la Constitución, o la asignación a que se refiere el artículo 8º de la Reforma Plebiscitaria, que diariamente devengarán los Senadores y Representantes.

"Prohibe el artículo 112 de la Constitución la vigencia inmediata, en favor de quienes lo voten, de cualquier aumento en las formas de remuneración conocidas con los nombres de "dietas" y "viáticos"; el espíritu de la norma es ostensible: todo aumento de remuneración regirá solo cuando quienes lo adopten hayan cesado en sus funciones por finalización de la correspondiente legislatura.

"Si, con el correr de los tiempos, se utilizan otros nombres —distintos de los de "dietas" y "viáticos" que al adoptarse el artículo 112 de la Carta eran los de uso entonces— para designar la "remuneración" de los legisladores, el cambio de vocablos no interesa ni tiene influencia si con los nuevos sigue expresándose la misma idea: remuneración, estipendio, retribución por el trabajo.

"El artículo 112 de la Carta impide que los miembros del Congreso se beneficien, en la respectiva legislatura, de cualquier aumento que ellos mismos hayan decretado en la remuneración de los Senadores y Re-

presentantes; cualesquiera sean la forma y las palabras que se utilicen para denominar la remuneración, la prohibición les es aplicable a plenitud.

"Así lo entiende la Procuraduría; y así lo ha sostenido reiteradamente la H. Corte Suprema de Justicia: baste, para demostrarlo, hacer referencia a dos de sus sentencias de Sala Plena:

"a) La Ley 3ª de 1933 dispuso:

" 'Artículo 1º Desde el veinte de julio del presente año en adelante, los Senadores y Representantes que asistan a las sesiones ordinarias y extraordinarias del Congreso, tienen derecho a percibir, como gastos de representación, la cantidad de cinco pesos ($ 5.00) diarios".

"Queda en estos términos adicionado el Decreto ejecutivo número 202 de 1932.

" 'Artículo 2º Esta Ley regirá desde su sanción".

"Al fallar la demanda que se formuló contra esta Ley 3ª, por contraria al artículo 112 de la Constitución Nacional, la H. Corte dijo, en lo esencial:

" 'Como se ve, el propósito claro y manifiesto del Congreso con esta Ley fue aumentar en $/ 5.00 diarios la partida de $ 15.00 que señalaba para **dietas y gastos de representación** de los Senadores y Representantes de 1933 el Decreto ejecutivo 202 de 1932; aumento que se hacía efectivo antes de que cesaran en sus funciones los miembros de la Legislatura en que fue votado.

"Y esto es abiertamente violatorio de la Constitución Nacional; porque admitiendo que el Congreso pueda señalar gastos de representación a sus miembros, no puede aumentarlos en favor de los que hayan decretado el aumento.

"En efecto, si respecto de los emolumentos llamados dietas y viáticos existe prohibición expresa de que el aumento de ellos no puede aprovechar a los miembros de la Legislatura en que se decrete, implícitamente está también prohibido que cualquiera otro emolumento, llámese como se quiera, tenga la misma efectividad, porque existe el mismo motivo que informa el principio establecido en el artículo 112 de la Constitución, encaminado a evitar el abuso en que pudieran incurrir las Cámaras al decretar emolumentos o aumentos de ellos en provecho propio.

"Por cualquier aspecto que se considere, pues, la Ley acusada es inconstitucional".

"Finalizó la H. Corte declarando **"inexequible** la Ley 3ª de 1933, por ser violatoria del artículo 112 de la Constitución Nacional, en cuanto por ella se hace efectivo el aumento de los emolumentos de los Senadores y Representantes antes de haber cesado en sus funciones los miembros de la Legislatura en que fue votado dicho aumento" (Sentencia de febrero 28 de 1935; **Gaceta Judicial,** Tomo XLI, páginas 145 y siguientes).

"b) En fallo de mayoría sobre las objeciones de inconstitucionalidad formuladas por el señor Presidente de la República al artículo 4º del proyecto de ley que hacía permanentes y aumentaba de $ 20.00 a $ 40.00 los gastos de representación señalados para los Senadores y Representantes por el artículo 47 de la Ley 7ª de 1945, expresó la H. Corte Suprema de Justicia:

" 'La prohibición constitucional de que se haga efectivo un aumento durante el período de las funciones de los parlamentarios que lo votaron, no menciona sino dietas y viáticos como objeto del aumento de que no pueden beneficiarse aquéllos, y por otro lado los gastos de representación son distintos de esas dotaciones; mas no por esas circunstancias se podría dejar de concluir que estos gastos también están comprendidos en la prohibición contenida en el artículo 112 de la Carta. Conocidos los principios jurídicos y de equidad que el constituyente se propuso desarrollar o aplicar, sabidos los objetos prácticos o fines de bien público que se propuso alcanzar, hay que admitir que la expresión de algunos casos en la fórmula del artículo 112 fue insuficiente por no abarcar la totalidad de su intención, y entonces se debe extender la prohibición, de acuerdo con las enseñanzas de la hermenéutica jurídica, a todos los casos en que, como sucede respecto a los gastos de representación, existan los motivos o causas que tuvo el constituyente para dictarla. En el año de 1886 los legisladores tenían dietas y viáticos, pero no gozaban de gastos de representación, a lo menos diarios y temporales como en la forma vigente, o dia-

rios y permanentes como lo dispone el proyecto objetado, y por eso es explicable y natural que entre las aplicaciones de los principios en que se inspiraba y los efectos que se proponía, no expresara el artículo 112 sino las dietas y viáticos y callara sobre los gastos de representación. No por esto la remuneración de dos especies de emolumentos fue limitativa. pues la afirmación de esta limitación sería contraria a la generalidad de aquellos principios y de estos fines.

"Respecto de los gastos de representación existen los mismos motivos de la prohibición constitucional contenida en el artículo 112 que habla de dietas y viáticos, o sea la misma razón y la misma finalidad, pues con el aumento de esos gastos desde una fecha anterior y para el resto del período legislativo en curso y los períodos subsiguientes, se vienen a beneficiar los mismos parlamentarios que lo decretaron, cuando la Constitución ha querido impedir que los Congresistas se aumenten sus propios emolumentos como las dietas o los viáticos. Razón tiene el mensaje gubernamental de objeciones cuando expresa la idea de que lo prohibido es el aprovechamiento del aumento por los mismos que lo decretan y que ese aprovechamiento se realiza lo mismo cuando se trata de dietas o viáticos que cuando se refiere a gastos de representación; en todos estos casos el hecho es el mismo cualquiera que sea la especie el nombre del emolumento.

"Si así no fuera, la prohibición del constituyente se haría ineficaz porque bastaría que la ley tendiente a beneficiar a los mismos legisladores durante el período de sus funciones, aumentara una de las dotaciones de que gocen, distintas de dietas para que ya no fuera aplicable la disposición". (G. J. Tomo LXIV, Pág. 656).

"Estimo suficiente lo dicho para concluir, como ya lo hizo para casos iguales la H. Corporación a la cual me dirijo no solo en las dos sentencias parcialmente transcritas sino en otras allí citadas, que el aumento de la remuneración de los miembros del Congreso Nacional —cualquiera sea el nombre que se utilice para indicar esa remuneración— no puede regir sino a partir de la legislatura subsiguiente a la en que se adoptó dicho aumento, tal cual lo prescribe el artículo 112 de la Carta Fundamental.

"Como el artículo 14 de la Ley 48 de 1962 no respetó ese principio constitucional al disponer que el aumento decretado en el monto de los gastos de representación por el artículo 5º regiría, al igual que toda la Ley, desde su sanción, que se cumplió el 18 de octubre de 1962 o sea dentro de la misma legislatura, dicho artículo 14 es, por este aspecto, inexequible, y así lo conceptúa la Procuraduría".

Evidentemente, como lo recuerda el señor Procurador, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido constante en el sentido de declarar que de conformidad con el artículo 112 de la Carta el aumento de los gastos de representación de los Senadores y Representantes. de igual modo que el de sus dietas y viáticos, no puede tener efecto sino después de que hayan cesado en sus funciones los miembros de la legislatura en que los aumentos hubieren sido votados.

Tal jurisprudencia ha venido a cobrar fuerza en virtud del artículo 8º de la Reforma aprobada por el Plebiscito de 1957, que, en realidad, no solo proscribió el sueldo permanente como sistema de remuneración de los miembros del Congreso, sino que, además, al disponer que no tengan "sino asignaciones diarias durante el término de las sesiones", comprendió dentro de esa amplia denominación cualquier estipendio que se fijen los Congresistas, llámesele como se quiera, modificando en cierta manera el artículo 112 de la Constitución que se refiere exclusivamente a "dietas" y "viáticos".

De consiguiente, ya no es mediante el empleo de un criterio extensivo como el artículo 112 ha de aplicarse al aumento de los gastos de representación, según se decidió por mayoría en la sentencia del 10 de noviembre de 1948, sino por fuerza de la integración de la norma constitucional prohibitiva, que ahora ha dilatado su ámbito en forma que no se escapa a ella ninguna modalidad de remuneración así se la denomine indemnización parlamentaria, subsidio, gastos de representación, prima, bonificación o de cualquiera otra manera.

Resulta, pues, que el artículo 14 de la Ley 48 de 1962, en cuanto por él se ordena hacer efectivo el aumento de los gastos de representación de los Senadores y Representantes desde la sanción de la misma Ley, sanción que se efectuó antes de haber cesado en sus funciones quienes decretaron el aumento, es contrario el artículo 112 de la Carta, entendido en armonía con el 8º de la Reforma aprobada por el Plebiscito Nacional del 1º de diciembre de 1957.

Capítulo III

Prestaciones sociales y otros beneficios para los miembros del Congreso y las Asambleas.

Dice el acusador:

"El Constituyente de 1957 dispuso que los Congresistas y Diputados tendrán asignaciones diarias durante el término de las sesiones, sin expresar que, además tendrían derecho a otras prestaciones y beneficios; no dijo que, además de las dietas, Congresistas y Diputados gozarían de las prestaciones y auxilios que señalare el Congreso; modificó el artículo 113 de la Carta y derogó tácitamente las normas legales contrarias al citado artículo 8º del Plebiscito.

"Esta interpretación de dicha norma plebiscitaria significa que Congresistas y Diputados solo gozan de asignaciones diarias y que no tienen derecho a prestaciones sociales. No es ello injusto, porque esa disposición revela que Congresistas y Diputados no son funcionarios públicos o, al menos, no lo son con carácter permanente, lo cual explica que no tengan sueldo mensual ni derecho a prestaciones sociales. Su único derecho es el de percibir su asignación diaria o dietas, que reemplaza el sueldo permanente por mandato Constitucional".

En relación especialmente con las prestaciones y beneficios para los Diputados, sostiene el acusador que las disposiciones pertinentes de la Ley 48 de 1962 son contrarias a los artículos 183 y 187 de la Constitución, que consagran la propiedad y autonomía de las Rentas y Bienes Departamentales así como la independencia de las Asambleas para manejar los recursos y atender los intereses internos de los Departamentos.

Señala también como violado el artículo 190 de la Constitución, de cuyo texto infiere que el legislador puede limitar las apropiaciones Departamentales destinadas a asignaciones de los Diputados, pero no está facultado para adoptar medidas sobre prestaciones sociales y beneficios o auxilios en favor de ellos.

A. Prestaciones sociales de los Congresistas

Respecto de esta materia, el señor Procurador, tras de un recuento de las reformas constitucionales sobre el modo de remuneración de los miembros del Congreso, y después de analizar las dos posibles interpretaciones del artículo 8º de la reforma adoptada por el Plebiscito, la una, que es la que sostiene el actor, en el sentido de que los miembros de los cuerpos de elección popular solo pueden percibir asignaciones diarias, y la otra según la cual el mencionado artículo se limitó a sustituir el sistema de sueldo permanente por el de asignaciones diarias durante el término de las sesiones, pero no contempló materias ajenas a la remuneración misma, como son las concernientes a prestaciones sociales, indemnizaciones o beneficios de otra índole, se inclina por la segunda y juzga, en consecuencia, que su establecimiento por la Ley no es contrario a aquella norma.

B. Prestaciones sociales de los Diputados

En lo que toca a las disposiciones de la Ley 48 que crean determinados beneficios en favor de los Diputados de las Asambleas Departamentales y que el impugnador señala como violatorias de los artículos 183, 187 y 190 de la Codificación Constitucional, el señor Procurador hace el siguiente comentario:

"Es evidente que el artículo 183 de la Constitución equipara los bienes y rentas de los Departamentos y de los Municipios, propiedad exclusiva de cada uno de ellos, a los bienes y rentas de los particulares, y ordenan que gocen de las mismas garantías que las de éstos, y así deben estar amparados en los términos que el artículo 30 de la Carta Fundamental establece para la propiedad privada. En consecuencia, y desde

este punto de vista, están en un mismo pie de igualdad los bienes y rentas departamentales y los bienes y rentas particulares.

"Pero de la misma manera que los derechos e intereses privados o particulares deben ceder al interés público o social, cuando aquéllos resultaren en conflicto con la necesidad reconocida por la Ley que se expida por motivo de utilidad pública o interés social, como lo prescribe expresamente el artículo 30 ya citado, el interés de los Departamentos deberá ceder al público o social en el mismo evento. De donde parece lícito concluir que las propiedades departamentales pueden ser, como las particulares, afectadas por la aplicación de Ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social.

"Y si la Ley por esos motivos superiores, y además porque el trabajo "gozará de la especial protección del Estado" (Constitución, artículo 17) y porque el Estado debe intervenir por mandato de la Ley con el fin "de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho" (ibídem, artículo 32), puede imponer a los particulares cargas en materia de prestaciones sociales que decrete en favor de quienes laboren a su servicio, parece obvio, que los departamentos, cuya propiedad está equiparada a la de los particulares, deben también soportar cargas análogas impuestas por la Ley.

"Sí, pues, nadie discute la facultad que tiene el legislador para consagrar prestaciones sociales que deban pagar los particulares, tampoco parece discutible que el mismo legislador está autorizado para imponer esas mismas cargas a los Departamentos, en favor de quienes, como los respectivos Diputados, les sirven.

"En esta forma, no encuentra la Procuraduría violado el artículo 183 de la Constitución Nacional por las normas de la Ley 48 de 1962 que consagraron en favor de los Diputados a las Asambleas prestaciones sociales. Sin que deba olvidarse que algunas de esas prestaciones ya habían sido otorgadas a los Diputados por los artículos 3º y 4º de la Ley 172 de 1959, normas que no fueron demandadas por el actor debiendo haberlo hecho si aspiraba a que desaparecieran dichas prestaciones para los Diputados a las Asambleas Departamentales.

"En lo tocante al artículo 187 de la Carta, es claro que corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas y con los recursos propios del Departamento, "cuanto se refiere a los intereses seccionales y al adelantamiento interno", solo que ello podrá y deberá hacerlo en cuanto la Ley, dentro del marco Constitucional, no lo haya hecho, porque las Ordenanzas no pueden proveer sino de conformidad con las normas superiores contenidas en la Constitución y en la Ley.

"Sería redundante enumerar múltiples leyes nacionales que, con cargo al Tesoro Departamental disponen el establecimiento, creación, mantenimiento, etc., de servicios públicos; y, de otra parte, otras leyes, como la 6ª de 1945 en sus artículos 22 y 28, y la 172 de 1959, artículo 3º, establecen prestaciones sociales a cargo de los Tesoros Departamentales. Ninguna de esas normas legales, hasta donde entiendo, ha sido declarada inconstitucional, seguramente porque no lo es.

"Por último en cuanto al cargo de violación del artículo 190 de la Codificación, es cierto que "La Ley podrá limitar las apropiaciones departamentales destinadas a asignaciones de los Diputados, gasto de funcionamiento de las Asambleas y de las Contralorías Departamentales", como allí se lee. Pero no es igualmente exacto que esta disposición constitucional solo permita a la Ley hacer esa limitación, prohibiéndole toda otra ingerencia sobre los asuntos departamentales.

"En desarrollo del principio contenido en el artículo 190, las Leyes 47 de 1945 y 6ª de 1958 fijaron los límites máximos que, en proporción al respectivo presupuesto departamental, podían destinarse para las erogaciones previstas en el artículo 190 de la Carta. Pero al igual que el legislador puede limitar gastos al intervenir en esas cuestiones de orden seccional, puede imponer nuevos gastos: y al hacerlo amplía los límites máximos que las normas de carácter general, como las de las Leyes 47 de 1945 y 6ª de 1958, habían fijado".

La Corte observa

Es acertado el criterio del señor Procurador porque evidentemente el artículo 8º de

la Reforma aprobada por el Plebiscito versa sobre la remuneración de los miembros de los cuerpos de elección popular y no sobre sus prestaciones sociales.

La remuneración tiene un carácter conmutativo, ya que guarda correlación con la actividad o el esfuerzo efectivo o potencial de la persona a quien se destina. Se adquiere derecho a la remuneración siempre que se preste o se esté en disposición de prestar el correspondiente servicio, y su finalidad es la de satisfacer una inmediata necesidad de sustento.

La genuina prestación social, en cambio, mira a la ocurrencia de riesgos que afectan la actividad laboral: enfermedad, accidente, invalidez, vejez, desempleo, muerte, etc. Y aunque para otorgarla o determinar su cuantía deba tomarse en consideración el monto de la remuneración o el tiempo de servicio, no deriva naturalmente de éste ni es un suplemento de aquélla, sino que se funda en un principio de solidaridad humana según el cual debe garantizarse el bienestar de los trabajadores de toda clase, no solo cuando están en plena capacidad de lucrarse de su labor sino también cuando un evento infortunado interrumpe, disminuye o suprime esa capacidad.

Desde luego, las medidas de protección al trabajo tienden a favorecer a quienes lo realizan en condiciones de subordinación jerárquica e inferioridad económica, para subsanar el desequilibrio social resultante, y de allí que, a primera vista, tales medidas parecen extrañas en tratándose de Congresistas y Diputados, que integran organismos esencialmente autónomos y pertenecen a los sectores influyentes de la política. Mas es innegable que también ellos son servidores del Estado, llamados por cierto a cumplir funciones decisorias en la vida democrática del país, a lo que se agrega que no exigiendo la Carta el requisito de caudal o hacienda para tener acceso a esos cargos, pueden y suelen conferírseles, mediante la elección, a ciudadanos que no poseen bienes de fortuna. Por este aspecto, su situación es equiparable a la de los altos empleados oficiales, por lo cual se ajusta a la organización constitucional el acto que les otorgue a aquellos beneficios análogos a los establecidos para éstos, según lo dispone el artículo 7º de la Ley 48 de 1962, acusado por el demandante; sin que se viole el artículo 8º de la Reforma aprobada por el Plebiscito que, al consagrar la asignación diaria como modo de remuneración del servicio, no excluye la posibilidad de que el Legislador conceda prestaciones sociales a los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales en caso de infortunio, de igual manera que a los demás trabajadores, oficiales o particulares.

Otro tanto cabe decir de los artículos 8º, 9º, 10 y 11 de la misma Ley, que señalan el monto y las peculiaridades de las referidas prestaciones sociales, dentro del arbitrio conferido para ello por la Constitución. Tanto más cuanto que, en lo atinente al régimen jubilatorio de Congresistas y Diputados, a que se refieren esas disposiciones, es atribución del Legislador, conforme al ordinal 10 del artículo 76 de la Carta, regular el servicio público, determinando los puntos de que trata el artículo 62, entre los cuales está el relativo a la determinación de "las condiciones de ascenso y de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público".

Igualmente atinada es la vista fiscal en lo que toca a la supuesta inexequibilidad de las disposiciones de la Ley 48 de 1962, sobre prestaciones de los Diputados, frente a las normas de independencia y autonomía departamental que consagran los artículos 183 y 187 de la Carta y a la excepción prevista en el 190 ibídem.

Es obvio que el artículo 183, debe entenderse en armonía con los artículos 17 y 30 de la misma Carta.

Ahora bien:

Función Social por excelencia es la de dar al trabajador, intelectual o material, particular u oficial, la justa protección a que tiene derecho. Y si la propiedad privada, a la que está asimilada la de los bienes y rentas de los Departamentos, es susceptible de gravámenes en orden al debido amparo de aquél, no hay razón para sus-

traer de ese régimen a la propiedad de tales entidades. Por tanto, el interés privado de éstas deberá ceder al interés social implícito en las respectivas leyes.

A las Asambleas compete sin duda "cuanto se refiere a los intereses seccionales y al adelantamiento interno". Pero ocurre que en materia de prestaciones sociales, la facultad de concederlas no es privativa de esas corporaciones, ya que el Congreso puede regularlas en forma general, según los principios superiores atrás mencionados, en cuyo caso el estatuto nacional constituirá una base mínima obligatoria para los Departamentos. Y siendo así, la excepción contenida en el artículo 190 de la Constitución, no impide expedir leyes sobre prestaciones sociales de los Diputados, que también inciden en el orden departamental.

En consecuencia, la Corte declarará exequibles los artículos 7º, 8º, 9º, 10 y 13 de la Ley 48 de 1962.

Capítulo IV

El artículo 12 acusado no contiene un ordenamiento sustancial, sino que entraña apenas una medida transitoria de ejecución de la ley, que no puede ser objeto de la acción de inexequibilidad ante la Corte.

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

Declara

1º Es INEXEQUIBLE el artículo 14 de la Ley 48 de 1962, en cuanto por él se ordena hacer efectivo el aumento de los gastos de representación decretado por el literal b) del artículo 5º de la misma Ley desde su sanción y antes de haber cesado en sus funciones los miembros de la legislatura en que fue votada; y

2º No son INEXEQUIBLES las demás disposiciones acusadas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese, previa comunicación a los Presidentes de las Cámaras Legislativas y al Ministerio de Gobierno.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araujo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Luis Alberto Bravo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Gómez Moreno, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FECHA PARA LA ELECCION PRESIDENCIAL

La Corte declara exequible el artículo 8º de la Ley 187 de 1936.

1. No niega la demandante que el señalamiento de la fecha en que deba realizarse la elección del Presidente de la República está atribuído a la ley por el artículo 114 de la Carta, ni tampoco pretende que en algún momento, con posterioridad a la expedición de la ley acusada, el Constituyente haya revocado dicha atribución o reasumido la potestad originaria para fijar directamente la oportunidad de la mencionada elección.

La tesis fundamental del ataque es otra: por cuanto el precepto citado hace parte del Acto Legislativo número 1 de 1945, solamente una ley posterior a ese Acto puede señalar la fecha de los comicios en que el pueblo escoja al Presidente. De donde su fijación por el legislador de 1936, resulta en la actualidad inexequible.

Para indagar el alcance de la aludida enmienda constitucional de 1945 conviene recordar que la Constitución de 1886 en su artículo 114 dijo: "El Presidente de la República será elegido por las Asambleas Electorales en un mismo día, y en la forma que determine la ley, para un período de seis años".

El Acto Legislativo número 3 de 1910 sustituyó ese ordenamiento por el que reza: "Artículo 25. El Presidente de la República será elegido en un mismo día por el voto directo de los ciudadanos que tienen derecho a sufragar para Representantes, y para un período de cuatro años, en la forma que determine la ley".

Y en 1936 el Acto Legislativo número 1 dispuso: "Artículo 33. Todos los ciudadanos eligen directamente Concejeros Municipales, Representantes al Congreso Nacional y Presidente de la República".

Bajo el imperio de estas normas se expidió la Ley 187 de 1936 (que fija el primer domingo de mayo del año respectivo como fecha de la elección presidencial), objeto de la demanda en estudio.

Según los textos transcritos, tales normas reglaban la nominación del Primer Mandatario por cinco aspectos distintos: 1º El carácter electivo y temporal del cargo; 2º La elección "en un mismo día"; 3º El sistema de sufragio pertinente; 4º La duración del mandato, y 5º La forma de la votación, deferida a la Ley.

Los dos primeros se han venido repitiendo, sin alteración ninguna, desde 1886. El tercero cambió: del voto indirecto primitivo se pasó en 1910 al directo restringido, (pues los electores de los Representantes, a que alude la reforma de ese año, eran solamente "los ciudadanos que sepan leer y escribir o tengan una renta anual de trescientos pesos", conforme al artículo 14 de la misma), hasta llegar en 1936 al sufragio universal directo. También el período, inicialmente de seis años, se redujo a cuatro desde 1910. Y en cuanto al último aspecto, la "forma" de la votación, la enmienda de 1936 nada dijo y la de 1910 reprodujo literalmente la atribución que para determinarla confirió el Constituyente de 1886 al legislador.

¿Esta situación constitucional de 1936 habrá sido afectada, como lo pretende la demandante, por el Acto Legislativo número 1 de 1945? Véase lo que tal acto expresó: "Artículo 26. El Presidente de la República será elegido en un mismo día por el voto directo de los ciudadanos para un período de cuatro años, en la forma que determine la ley".

Basta confrontar las disposiciones preexistentes sobre la materia (o sean los artículos 25 del A. L. Nº 3 de 1910 y 33 del

A. L. Nº 1 de 1933) con la que se acaba de copiar, para observar que esta última se limitó a reproducir aquéllas, coordinándolas y reduciéndolas a un solo precepto. Ni el carácter electivo y temporal de la investidura presidencial, ni la elección en un mismo día, ni el sufragio universal directo, ni el período cuatrienal tuvieron en 1945 la más leve modificación. Y la frase final ("en la forma que determine la ley"), recibida del texto de 1910 tal como éste la tomó de la Carta de 1886, lejos de traslucir un propósito innovador evidencia el de mantener y reiterar la tradicional atribución a la ley de la facultad de fijar la fecha y demás pormenores secundarios de la votación. La misma frase, por lo demás, no significa, como alega el impugnante, que el señalamiento de la fecha electoral debe hacerse con posterioridad al año de 1945, pues el modo y tiempo verbales allí utilizados no son el futuro de indicativo ("determinará") sino el presente de subjuntivo ("determine"), que se emplea, precisamente para indicar coexistencia y prolongación de un hecho en el tiempo. Al adoptarse la reforma de 1945 había una ley, coexistente con ella, coexistencia que todavía se prolonga. No aparece, pues, la pretendida contradicción o incompatibilidad entre el ordenamiento legal acusado y la referida enmienda constitucional. Y aunque la demanda no se refiere a las reformas posteriores de 1945, conviene agregar que tampoco en relación con ellas se advierte contradicción ninguna.

2. La consecuencia inhibitoria que deduce la Procuraduría no es la adecuada, porque la Constitución, para los efectos de la acción de inexequibilidad, debe tomarse como un todo armónico, congruente, unitario, intemporal y estable, y no como la yuxtaposición de reformas sucesivas. Nada importa que una ley se haya confrontado en la época de su expedición con la norma suprema entonces vigente; si, demandada "por cualquier ciudadano" la declaración de su inexequibilidad, se la encuentra en pugna con la Carta en razón de enmiendas posteriores, tal declaración sería ineludible, precisamente porque a la Corte le está confiada "la guarda de la integridad" de la Ley de Leyes (Art. 214).

Este entendimiento no es inconciliable con el artículo 9º de la Ley 153 de 1987, según el cual "la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente; toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu se desechará como insubsistente". Ni menos con el artículo 215 de la propia Carta: "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". Pues la apreciación del orden jerárquico de las normas en pugna, para desechar la inferior e imponer la superior, de oficio o por vía de defensa procesal, está atribuída exclusivamente a los funcionarios que deban aplicarlas en cada caso, sin necesidad de previa declaración de inexequibilidad. Los particulares, en cambio, sometidos a las leyes, aún a las que reputen inconstitucionales, solo tienen expedita la acción de inexequibilidad, cuya culminación ha de ser por lo mismo positiva, en uno u otro sentido, pero no inhibitoria.

Y si la reiterada jurisprudencia de la Corte declara improcedente el fallo cuando la derogación expresa o tácita de la disposición acusada ha sustraído de su poder decisorio la materia del pleito, siempre se ha referido a la derogación resultante de otro acto de la misma jerarquía (un nuevo Decreto extraordinario o una nueva ley) pero nunca la pugna entre la Constitución y la Ley.

En atención a la mencionada jurisprudencia, cabe advertir, finalmente, que aunque las Leyes 89 de 1948 y 16 de 1949 y el Decreto legislativo 148 de 1957 señalaron ciertas fechas distintas del primer domingo de mayo para las elecciones de 1950 y 1958, la precisa delimitación de su ámbito temporal impide tomarlas como derogatorias de la regla general establecida por el artículo 8º de la Ley 187 de 1936, que sigue rigiendo los futuros comicios presidenciales mientras otro ordenamiento de igual naturaleza no determine una oportunidad distinta.

Corte Suprema de Justicia.— Sala Plena.— Bogotá, D. E., diez y seis de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade).

La doctora Beatriz Cárdenas Acosta, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 214 de la Constitución, demanda la declaración de inexequibilidad del artículo 8º de la Ley 187 de 1936.

La norma acusada ordena:

"La elección de Presidente de la República se hará cada cuatro años, el primer domingo de mayo, a partir de 1938".

La demandante estima que tal disposición viola el artículo 114 de la Carta y para sustentar su impugnación arguye:

(...) "El artículo 114 de la Constitución, vigente desde 1945, ordena que la fecha de la elección presidencial, que es una de las formas de tiempo de hacer esa elección, debe señalarse por la ley posterior a la vigencia de la reforma constitucional de 1945, y en consecuencia no podría aplicarse la norma acusada para las futuras elecciones presidenciales, por no haber sido expedida dentro de la vigencia de la reforma constitucional de 1945.

"Ahora bien, si se aplica la Ley 187 de 1936, tal como lo preceptúa el texto de ella, que señala el primer domingo de mayo para las futuras elecciones presidenciales, se estaría ante una fecha que no es la constitucionalmente autorizada, porque la única posible es aquélla que se determine dentro de la vigencia de la reforma constitucional.

"Además, el canon constitucional ya citado, al no haber sido desarrollado por el legislador para las futuras elecciones presidenciales, en lo concerniente a la fecha del certamen respectivo en mi concepto se ha violado por omisión del legislador en cumplir con el mandato imperativo que se desprende del texto constitucional.

"Es además necesario tener en cuenta que el artículo 26 del Acto Legislativo número 1 de 1945, está redactado en futuro, no en pretérito, y la fijación del modo, lugar y fecha de las elecciones presidenciales debe hacerse, para satisfacer el canon constitucional indicado, al menos en el presente, es decir, dentro de la vigencia de la reforma constitucional de 1945.

"La Reforma Constitucional Plebiscitaria de 1957 dispone que la Constitución Política de Colombia, es la de 1886 con las reformas de carácter permanente introducidas hasta el Acto Legislativo número 1 de 1947, y de ahí que el mandato del artículo 114 de la Carta (Art. 26 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945), fue ratificado por el constituyente plebiscitario y es ineludible llevar a cabo las futuras elecciones presidenciales bajo los mandatos perentorios de esa norma, entre las cuales está, como ya se ha explicado, el de que el legislador, con posterioridad a la reforma constitucional de 1945, está obligado a señalar la fecha de las elecciones futuras.

"Para las próximas elecciones presidenciales, la Ley 187 de 1936, no puede servir; esta ley fijó el primer domingo de mayo para su realización y tal fecha no es un desarrollo del artículo 114 de la Constitución Nacional que comenzó a regir en 1945.

"Es a la Honorable Corte Suprema de Justicia que le corresponde resolver sobre la oportunidad en que el legislador debe fijar la fecha de las elecciones presidenciales futuras, y como considero que la Ley 187 de 1936 no reúne el requisito de la oportunidad exigida por el artículo 26 del Acto Legislativo número 1 de 1945, es inconstitucional, puesto que se pretende aplicar para situaciones futuras, tal como lo señala su artículo 8º, que ordena hacerlas el primer domingo de mayo".

El Procurador General de la Nación, al descorrer el traslado de la demanda, reproduce un concepto suyo sobre otra acusación similar contra la misma norma, en el que empieza por destacar la conformidad del precepto legal de 1936 con los ordenamientos constitucionales que regían cuando fue expedido. Dice luego que la Ley de 1936 "no pudo haber atacado, desconocido o vulnerado una disposición constitucional que no existía para entonces y que solo se dictó nueve años después", y plantea el siguiente dilema:

"O el artículo 8º de la Ley 187 de 1936 es compatible con el artículo 26 del Acto Legislativo número 1 de 1945, o dicha nor-

ma legal es incompatible con el mencionado principio constitucional.

"En el primer extremo del dilema, la acusación de inconstitucionalidad no podría prosperar; en el segundo, tampoco por cuanto el fenómeno no sería el de inconstitucionalidad declarable por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su misión de guarda de la Constitución que le asigna el artículo 214 de la Carta, sino el de sustracción de materia por cuanto el referido artículo 8º habría quedado derogado.

"En efecto, de conformidad con el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, 'La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente'.

"Si fuere cierto —y sobre ello nada opina la Procuraduría, por no ser pertinente— que el artículo 8º de la Ley 187 de 1936 resultare contrario a la letra o al espíritu del posterior artículo 26 del Acto Legislativo número 1 de 1945, se tendría que, de conformidad con el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, la nueva norma constitucional habría derogado la citada disposición legal preexistente, y habría que desecharla por insubsistente. Si todo ello fuere así —y repito que no es del caso que la Procuraduría opine sobre este punto— la norma legal no sería demandable por estar derogada.

"Y no compete a la H. Corte Suprema de Justicia, en su misión de guarda de la Carta Fundamental que esta misma le asigna en su artículo 214, decidir sobre la vigencia o insubsistencia de las normas legales.

"En consecuencia, en ninguno de los dos extremos del dilema podría prosperar la demanda: en el primero, por cuanto el artículo 8º de la Ley 187 no sería contrario a la Constitución; en el segundo, por cuanto el referido artículo 8º estaría derogado".

Concluyendo así:

"En mi opinión, no puede darse el caso de que la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de un juicio de esta naturaleza, se pronuncie en el sentido de que una disposición legal vino a ser inexequible por incompatibilidad con una norma constitucional adoptada después de dictada y sancionada aquélla. La ley es constitucional o no lo es; pero no puede convertirse en inconstitucional por la vigencia de un nuevo principio de la Carta Fundamental, por cuanto si es incompatible con él automáticamente queda derogada por la Constitución que es 'ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente' (Ley 153 de 1887, artículo 9º)".

Se considera

No niega la demandante que el señalamiento de la fecha en que deba realizarse la elección del Presidente de la República está atribuído a la ley por el artículo 114 de la Carta, ni tampoco pretende que en algún momento, con posterioridad a la expedición de la ley acusada, el Constituyente haya revocado dicha atribución o reasumido la potestad originaria para fijar directamente la oportunidad de la mencionada elección.

La tesis fundamental del ataque es otra: Por cuanto el precepto citado hace parte del Acto Legislativo número 1 de 1945, solamente una ley posterior a ese Acto puede señalar la fecha de los comicios en que el pueblo escoja al Presidente; de donde su fijación por el legislador de 1936, resulta en la actualidad inexequible.

Para indagar el alcance de la aludida enmienda constitucional de 1945 conviene recordar que la Constitución de 1886 en su artículo 114 dijo:

"El Presidente de la República será elegido por las Asambleas Electorales, en un mismo día, y en la forma que determine la ley, para un período de seis años".

El Acto Legislativo número 3 de 1910 sustituyó ese ordenamiento por el que reza:

"Artículo 25. El Presidente de la República será elegido en un mismo día por el voto directo de los ciudadanos que tienen derecho a sufragar para Representantes, y para un período de cuatro años, en la forma que determine la ley".

Y en 1936, el Acto Legislativo número 1 dispuso:

"Artículo 33. Todos los ciudadanos eligen directamente Concejeros Municipales, Representantes al Congreso Nacional y Presidente de la República".

Bajo el imperio de estas normas se expidió la Ley 187 de 1936 (que fija el primer domingo de mayo del año respectivo como fecha de la elección presidencial), objeto de la demanda en estudio.

Según los textos transcritos, tales normas reglaban la nominación del Primer Mandatario por cinco aspectos distintos: 1º El carácter electivo y temporal del cargo; 2º La elección "en un mismo día"; 3º El sistema de sufragio pertinente; 4º La duración del mandato, y 5º La forma de la votación, deferida a la Ley.

Los dos primeros se han venido repitiendo, sin alteración ninguna, desde 1886. El tercero cambió: del voto indirecto primitivo se pasó en 1910 al directo restringido (pues los electores de los Representantes, a que alude la reforma de ese año, eran solamente "los ciudadanos que sepan leer y escribir o tengan una renta anual de trescientos pesos", conforme al artículo 14 de la misma), hasta llegar en 1936 al sufragio universal directo. También el período, inicialmente de seis años, se redujo a cuatro desde 1910. Y en cuanto al último aspecto, la "forma" de la votación, la enmienda de 1936 nada dijo, y la de 1910 reprodujo literalmente la atribución que para determinarla confirió el Constituyente de 1886 al legislador.

Esta situación constitucional de 1936 habrá sido afectada, como lo pretende la demandante, por el Acto Legislativo número 1 de 1945? Véase lo que tal Acto expresó:

"Artículo 26. El Presidente de la República será elegido en un mismo día por el voto directo de los ciudadanos y para un período de cuatro años, en la forma que determine la ley".

Basta confrontar las disposiciones preexistentes sobre la materia (o sean los artículos 25 del A. L. número 3 de 1910 y 33 del A. L. número 1 de 1936) con la que se acaba de copiar, para observar que esta última se limitó a reproducir aquéllas, coordinándolas y reduciéndolas a un solo precepto. Ni el carácter electivo y temporal de la investidura presidencial, ni la elección en un mismo día, ni el sufragio universal directo, ni el período cuatrienal tuvieron en 1945 la más leve modificación. Y la frase final ("en la forma que determine la ley"), recibida del texto de 1910 tal como éste la tomó de la Carta de 1886, lejos de traslucir un propósito innovador evidencia el de mantener y reiterar la tradicional atribución a la ley de la facultad de fijar la fecha y demás pormenores secundarios de la votación. La misma frase, por lo demás, no significa, como alega el impugnante, que el señalamiento de la fecha electoral deba hacerse con posterioridad al año de 1945, pues el modo y tiempo verbales allí utilizados no son el futuro de indicativo ("determinará") sino el presente de subjuntivo ("determine"), que se emplea, precisamente para indicar coexistencia y prolongación de un hecho en el tiempo. Al adoptarse la reforma de 1945 había una ley, coexistente con ella, coexistencia que todavía se prolonga. No aparece, pues, la pretendida contradicción o incompatibilidad entre el ordenamiento legal acusado y la referida enmienda constitucional. Y aunque la demanda no se refiere a las reformas posteriores a 1945, conviene agregar que tampoco en relación con éllas se advierte contradicción ninguna.

Resulta así acreditado el primer extremo del dilema que plantea en su importante concepto la Procuraduría. Pero la consecuencia inhibitoria que ésta deduce no es la adecuada, porque la Constitución, para los efectos de la acción de inexequibilidad, debe tomarse como un todo armónico, congruente, unitario, intemporal y estable, y no como la yuxtaposición de reformas sucesivas. Nada importa que una ley se haya conformado en la época de su expedición con la norma suprema entonces vigente; si, demandada "por cualquier ciudadano" la declaración de su inexequibilidad, se la encuentra en pugna con la Carta en razón de enmiendas posteriores, tal declaración sería ineludible, precisamente porque a la Corte le está confiada "la guarda de la integridad" de la Ley de Leyes (Art. 214).

Este entendimiento no es inconciliable con el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, según el cual "la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente; toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu se desechará como insubsistente". Ni menos con el artículo 215 de la propia Carta: "En todo

caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". Pues la apreciación del orden jerárquico de las normas en pugna, para desechar la inferior e imponer la superior, de oficio o por vía de defensa procesal, está atribuída exclusivamente a los funcionarios que deban aplicarlas en cada caso, sin necesidad de previa declaración de inexequibilidad. Los particulares, en cambio, sometidos a las leyes, aún a las que reputen inconstitucionales, solo tienen expedita la acción de inexequibilidad, cuya culminación ha de ser por lo mismo positiva, en uno u otro sentido, pero no inhibitoria.

Y si la reiterada jurisprudencia de la Corte declara improcedente el fallo cuando la derogación expresa o tácita de la disposición acusada ha sustraído de su poder decisorio la materia del pleito, siempre se ha referido a la derogación resultante de otro acto de la misma jerarquía (un nuevo decreto extraordinario o una nueva ley) pero nunca a la pugna entre la Constitución y la ley.

En atención a la mencionada jurisprudencia, cabe advertir, finalmente, que aunque las Leyes 89 de 1948 y 16 de 1949 y el Decreto Legislativo 148 de 1957 señalaron ciertas fechas distintas del primer domingo de mayo para las elecciones de 1950 y 1958, la precisa delimitación de su ámbito temporal impide tomarlas como derogatorias de la regla general establecida por el artículo 8º de la Ley 187 de 1936, que sigue rigiendo los futuros comicios presidenciales mientras otro ordenamiento de igual naturaleza no determine una oportunidad distinta.

A mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta y oído el concepto del Procurador General de la Nación, declara EXEQUIBLE el artículo 8º de la Ley 187 de 1936.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araujo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos R., Luis Alberto Bravo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

EXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 8º DE LA LEY 187 DE 1936

Corte Suprema de Justicia.— Sala Plena.— Bogotá, D. E., diciembre diez y seis de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau).

En ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 214 de la Constitución Nacional, el ciudadano César Castro Perdomo pidió a la Corte la declaración de inexequibilidad del artículo 8º de la Ley 187 de 1936, que reza:

"La elección de Presidente de la República se hará cada cuatro años, el primer domingo de mayo, a partir de 1938".

En su opinión tal artículo vulnera el artículo 114 de la Carta (Art. 26 del A. L. Nº 1 de 1945), que dice:

"El Presidente de la República será elegido en un mismo día por el voto directo de los ciudadanos y para un período de cuatro años, en la forma que determine la ley".

Sustenta su acusación de la manera siguiente:

"A mi juicio la norma acusada viola el artículo constitucional transcrito porque el artículo 114 de la Constitución, vigente desde 1945, ordena que la fecha de elección presidencial, que es una de las formas de tiempo de hacer esa elección, debe señalarse por la Ley posterior a la vigencia de la reforma constitucional de 45, y en consecuencia no podría aplicarse la norma acusada para las futuras elecciones presidenciales, por nó haber sido expedida dentro de la vigencia de la reforma constitucional de 45".

"En otros términos, si se aplica la Ley 187 de 1936, tal como lo preceptúa el texto de ella, y que señala el primer domingo de mayo para las futuras elecciones presidenciales, se estaría ante una fecha que no es la constitucionalmente autorizada, porque la única posible es aquella que se determine dentro de la vigencia de la reforma constitucional de 45".

"Además el canon constitucional ya citado, al no haber sido desarrollado por el legislador para las futuras elecciones presidenciales, en lo concerniente a la fecha del certamen respectivo, en mi concepto se está violando, por omisión del legislador en cumplir con el mandato imperativo que se desprende del texto constitucional".

"También conviene tener en cuenta que el artículo 26 del Acto Legislativo número 1 de 1945, está redactado en futuro y en presente, no en pretérito, y la fijación del modo, lugar, y fecha de las elecciones presidenciales, debe hacerse para satisfacer el canon constitucional indicado, al menos en presente, es decir, dentro de la vigencia de la reforma constitucional de 45".

"La Reforma Constitucional Plebiscitaria de 1957 dispuso que la Constitucional Política de Colombia, es la de 1886 con las reformas de carácter permanente introducidas hasta el Acto Legislativo número 1 de 1947, y de ahí que el mandato del artículo 114 de la Carta (Art. 26 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945) fue ratificado por el constituyente plebiscitario y es ineludible llevar a cabo las futuras elecciones presidenciales bajo los mandatos perentorios de esa norma, entre los cuales está, como ya se ha explicado, el de que **el Legislador con posterioridad a la Reforma Constitucional de 1945 está obligado a señalar la fecha de las elecciones presidenciales futuras".**

No puede servir para las futuras elecciones presidenciales la Ley 187 de 1936, que fijó el primer domingo de mayo para su realización, puesto que esa fecha no es un desarrollo del artículo 114 de la Constitución Nacional, que comenzó a regir en 1945".

Al descorrer el traslado que se le dio de la demanda, el señor Procurador expone lo siguiente:

"Ninguno de los argumentos que el actor trae en apoyo de sus tesis puede servir de base para que la H. Corte Suprema de Justicia despache en forma favorable las peticiones de la demanda".

"La Procuraduría expone su opinión sobre el problema planteado, en los siguientes términos:

"Primero. La Ley 187 de 1936 se dictó bajo la vigencia del artículo 25 del Acto Legislativo número 3 de 1910, a cuyo tenor "El Presidente de la República será elegido en un mismo día por el voto directo de los ciudadanos que tienen derecho a sufragar para Representantes, y para un período de cuatro años, en la forma que determine la Ley". Se señaló como fecha inicial del próximo período del Primer Mandatario la del 7 de agosto de 1914, por el artículo A) de las Disposiciones transitorias del mismo Acto Legislativo".

"El actor no sostiene ni insinúa siquiera que la referida Ley 187 hubiera violado, en su tiempo, las normas constitucionales vigentes cuando se expidió. En consecuencia, y no encontrando tampoco la Procuraduría tacha de inexequibilidad por este aspecto al confrontar el artículo 8º de la Ley 187 con los principios y disposiciones constitucionales que regían cuando la Ley fue sancionada, el tema debe desecharse en absoluto".

"Segundo. Como norma de carácter general, el artículo 8º de la Ley 187 de 1936 dispuso que la elección de Presidente de la República se haría cada cuatro años, el primer domingo del mes de mayo, a partir de 1938".

"Posteriormente y para casos concretos disposiciones legales señalaron fechas distintas para determinadas elecciones presidenciales: así, el artículo 49 de la Ley 89 de 1948 dispuso que la elección del Presidente para el período próximo se haría el primer domingo de junio de 1950; el artículo de la Ley 16 de 1949 señaló para la próxima elección presidencial el último domingo de noviembre del mismo año; y el Decreto Legislativo 148 de 1957 convocó al pueblo colombiano a elecciones presidenciales para el primer domingo de mayo de 1958, coincidiendo en esta forma con el señalamiento que por vía general había hecho desde 1936 el artículo 8º de la Ley 187".

"Entiendo que no se ha dictado una norma general que sustituya para todos los casos el artículo 8º de la Ley 187 de 1936".

"El actor, sin formular cargo de inconstitucionalidad respecto del citado artículo 8º en relación con las normas de la Carta Fundamental que regían cuando dicha Ley se expidió, sostiene que es incompatible con el artículo 26 del Acto Legislativo número 1 de 1945 (artículo 114 de la actual Codificación Constitucional), por cuanto estima que éste impuso al legislador la obligación de señalar el modo, lugar y fecha de las elecciones presidenciales que se realizarán a partir de 1945, es decir, con posterioridad a la vigencia de la nueva norma constitucional; sobre esta base, y advirtiendo que en cuanto a fecha de la elección presidencial el artículo 26 del Acto Legislativo número 1 de 1945 no ha tenido desarrollo, sostiene que el artículo 8º de la Ley 187 de 1936 es inconstitucional por tener la tacha "de no haber sido expedido dentro de la vigencia de la norma constitucional que impuso al legislador la obligación de hacerlo (Art. 26 del Acto Legislativo número 1 de 1945)".

"Sinceramente no alcanzo a comprender cómo una norma legal dictada en 1936 pueda haber atacado, desconocido o vulnerado una disposición constitucional que no existía para entonces y que sólo se dicto nueve años después. Hasta donde llegan mis conocimientos. entiendo que si bien la Constitución Nacional puede ser atacada por una norma de inferior categoría, parece elemental que para que ese ataque se produzca deba existir la disposición constitucional susceptible de ser violada. Pero lo cierto es que el artículo 26 del Acto Legislativo número 1 de 1945 no existía cuando en 1936 se adoptó por el Congreso la Ley 187. y en estas circunstancias no podía ser infringido".

"Para la Procuraduría se está en presencia de un dilema inexorable:

O el artículo 8º de la Ley 187 de 1936 es compatible con el artículo 26 del Acto Legislativo número 1 de 1945, o dicha norma

legal es incompatible con el mencionado principio constitucional".

"En el primer extremo del dilema, la acusación de inconstitucionalidad no podría prosperar; en el segundo, tampoco por cuanto el fenómeno no sería el de inconstitucionalidad declarable por la H. Corte Suprema de Justicia en su misión de guarda de la Constitución que le asigna el artículo 214 de la Carta, sino el de sustracción de materia por cuanto el referido artículo 8º habría quedado derogado".

"En efecto, de conformidad con el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, "La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente".

"Si fuere cierto —y sobre ello nada opina la Procuraduría, por no ser pertinente— que el artículo 8º de la Ley 187 de 1936 resultare contrario a la letra o al espíritu del posterior artículo 26 del Acto Legislativo número 1 de 1945, se tendría que, de conformidad con el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, la nueva norma constitucional habría derogado la citada disposición legal preexistente, y habría que desecharla por insubsistente. Si todo ello fuere así —y repito que no es del caso que la Procuraduría opine sobre este punto— la norma legal no sería demandable por estar derogada".

"Y no compete a la H. Corte Suprema de Justicia, en su misión de guarda de la Carta Fundamental que esta misma le asigna en su artículo 214, decidir sobre la vigencia o insubsistencia de las normas legales".

"En consecuencia, en ninguno de los dos extremos del dilema podría prosperar la demanda: en el primero, por cuanto el artículo 8º de la Ley 187 no sería contrario a la Constitución; en el segundo, por cuanto el referido artículo 8º estaría derogado".

"En mi opinión, no puede darse el caso de que la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de un juicio de esta naturaleza, se pronuncie en el sentido de que una disposición legal vino a ser inexequible por incompatibilidad con una norma constitucional adoptada después de dictada y sancionada aquélla. La Ley es constitucional o no lo es; pero no puede convertirse en inconstitucional por la vigencia de un nuevo principio de la Carta Fundamental, por cuanto si es incompatible con él automáticamente queda derogada por la Constitución que "es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente" (Ley 153 de 1887, artículo 9º).

"Tercero. El doctor Castro Perdomo estima que el artículo 26 del Acto Legislativo número 1 de 1945 "se está violando, por omisión del Legislador en cumplir con el mandato imperativo que se desprende del texto constitucional".

"Si fuere exacto afirmar, como lo hace el demandante, que el referido artículo 26 impuso al legislador la obligación de desarrollarlo mediante Ley que señale el modo, lugar y fecha de las elecciones presidenciales, sería cierto que el Congreso estaría en mora de dictar las normas correspondientes. Pero una omisión de esa naturaleza no podría ser declarada inconstitucional por la H. Corte Suprema de Justicia, toda vez que la facultad de ésta es la de "decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de la Constitución Nacional, cuando fuere acusado ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano" según lo dice textualmente el artículo 214 de la Carta".

"En consecuencia, se requiere un proyecto de Ley aprobado por las Cámaras y objetado por el Gobierno como inconstitucional, o una Ley del Congreso, o un Decreto emanado del Gobierno en ejercicio de las atribuciones del artículo 76, ordinales 11 o 12, o del artículo 121, para que la H. Corte Suprema pueda decidir sobre su exequibilidad".

"Para el caso, lo acusable sería una Ley, no la ausencia de Ley o la omisión en dictarla. Y si, según el pensamiento del actor, el artículo 114 de la Constitución está violándose por no haber expedido el Congreso la Ley que lo desarrolle, no entiendo qué podría declarar inexequible la H. Corporación ante la cual hablo".

"Cuarto. Por último, el doctor Castro Perdomo considera que el artículo 8º de la Ley 187 de 1936 "es inconstitucional en cuanto se pretenda aplicar para situaciones futuras", con lo cual reitera su aseveración de que las próximas elecciones presidenciales no pueden verificarse en la fecha señalada por el citado artículo 8º".

"Tampoco es el caso de entrar al fondo del asunto, toda vez que si fuere cierto que el artículo 8º es contrario al nuevo y posterior principio constitucional contenido en el artículo 26 del Acto Legislativo número 1 de 1945, estaría derogada aquella norma, de conformidad con lo que enseña el artículo 9º de la Ley 153 de 1887; y si —todo en hipótesis— las próximas elecciones presidenciales se verificaran con aplicación del artículo 8º de la Ley 187 y éste estuviera insubsistente, el problema que surgiría sería el relativo a la validez o invalidez de las elecciones así hechas".

En sentencia de esta fecha, recaída sobre la demanda de inexequibilidad del mismo precepto acusado en la presente, presentada por la doctora Beatriz Cárdenas Acosta, la Corte, tras examinar a espacio los argumentos de la acusación y los del Ministerio Público, declaró exequible el aludido artículo 8º de la Ley 187 de 1936, por lo cual nada distinto puede resolverse al respecto en el presente fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, resuelve: estése al pronunciamiento de esta misma fecha a que se ha hecho referencia.

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

Luis Carlos Zambrano, Adán Arriaga Andrade, Ramiro Araujo Grau, Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Flavio Cabrera Dussán, Luis Alberto Bravo, Gustavo Fajardo Pinzón, Aníbal Cardoso Gaitán, Ignacio Gómez Posse, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Enrique López de la Pava, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Efrén Osejo Peña, Víctor G. Ricardo, Primitivo Vergara Crespo, Julio Roncallo Acosta.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º, 2º, 4º, 6º, 7º, 9º, 10 Y 11 DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE DECRETAN UNAS OBRAS DE BENEFICIO PARA EL NORTE DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA", OBJETADO POR EL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.

La Corte reitera su doctrina de que el Parlamento no puede ejercer la atribución que le confiere el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional sino con estricta sujeción a los planes y programas previamente adoptados por el Legislador.

Es cierto que el artículo 138 del Decreto-Ley 1675 de 14 de julio de 1964 derogó la Ley 71 de 1946. Pero esta derogatoria en manera alguna significa que el Congreso pueda ordenar aquellos auxilios sin la programación que exige el Constituyente. Resulta de ello únicamente que mientras tanto le está vedado decretarlo. Sin planes ni programas previamente adoptados por el legislador, no puede el Parlamento ejercer la atribución que le confiere el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional. Así lo ha sostenido la Corte en fallo de 14 de diciembre de 1945 (G. J. T. 59, P. 645 a 650) y de 5 de octubre de 1946 (G. J. T. 61, P. 310 y ss.), proferidos antes de que fuera dictada la Ley 71 de 1946; y así también lo ha entendido en la sentencia de 16 de diciembre de 1964 y en otras de fecha posterior, dictadas después de que fuera derogada la citada Ley 71 de 1946.

Si así no fuese, bastaría que el Congreso no expidiera ley alguna de planeación para que quedara sin vigencia el ordinal 20 del artículo 76 de la Carta, en el que se dispone que las leyes destinadas a "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo" deben ser expedidas "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

La finalidad perseguida por el Constituyente, de organizar con el debido esmero la inversión de los fondos públicos de fomento económico, o de apoyo o estímulo a los institutos o empresas útiles o benéficas, exige que no se pueda decretar auxilio de los fondos nacionales sino con sujeción estricta a los planes y programas que previamente adopte el Congreso.

Corte Suprema de Justicia.— Sala Plena.— Bogotá, diciembre dieciséis de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

El señor Presidente de la República objetó por inconstitucionalidad los artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 7º, 9º, 10 y 11 del proyecto de ley número 208 de 1963, de la Cámara de Representantes correspondiente al número 141, de ese mismo año, del Senado de la República, al serle enviado a la sanción ejecutiva. Igualmente le hizo, en su conjunto, la objeción de inconveniencia.

Se trata del proyecto de ley "por la cual se decretan unas obras de beneficio para el norte del Departamento de Antioquia", que dice:

"Artículo 1º Auxíliase con la suma de un millón quinientos mil pesos ($ 1.500.000.00) para la construcción del hospital regional

para el norte de Antioquia con sede en el Municipio de Yarumal, de acuerdo con las especificaciones que aprueba la Beneficencia del Departamento de Antioquia mediante el lleno de los requisitos ordinarios para el cobro de este tipo de auxilios.

"Artículo 2º Auxíliase la construcción de un nuevo desarrollo hidroeléctrico en el Río San Andrés, por parte de la Empresa Eléctrica Municipal de Yarumal, con destino a la electrificación de ese Municipio y de la región con la suma de un millón quinientos mil pesos ($ 1.500.000.00) que serán entregados al Municipio de Yarumal previo el lleno de los requisitos legales necesario para el cobro de este tipo de auxilios.

"Artículo 3º Decrétase la construcción, dotación y sostenimiento por parte de la Nación y dentro de los planes del Ministerio de Justicia de una Escuela Correccional de Menores, para la región del norte del Departamento de Antioquia y con sede en el Municipio de Yarumal.

"Artículo 4º Con motivo de cumplir el cincuentenario de la fundación del Colegio Normal de Señoritas 'La Merced' en el Municipio de Yarumal auxíliase a dicho colegio con la suma de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) para la construcción de nuevas edificaciones que permitan reemplazar paulatinamente las antiguas en estado de deterioro y atender a la expansión del plantel. Tal suma será entregada al colegio mediante el lleno de los requisitos legales necesarios para el cobro de esta clase de auxilios.

"Artículo 5º Decrétase la construcción y dotación por parte de la Nación de sendos puestos de salud en las poblaciones de Cedeño, Briceño, El Cedro, Berlín y Ochalí, dentro de las especificaciones aprobadas por la Beneficencia de Antioquia y en concordancia con los planes de desarrollo hospitalario del Departamento de Antioquia.

"Artículo 6º Auxíliase la construcción de una planta hidroeléctrica para el servicio del Municipio de Toledo en el Departamento de Antioquia con la suma de quinientos mil pesos ($ 500.000.00) los cuales serán entregados a dicho Municipio mediante el lleno de los requisitos legales necesarios para el cobro de dichos auxilios.

"Artículo 7º Decrétase la construcción de un edificio adecuado para la Escuela Urbana de Niñas en el Municipio de Campamento en el Departamento de Antioquia, dentro del plan de construcciones escolares del Ministerio de Educación.

"Artículo 8º Decrétase la creación de Escuelas Vocacionales Agrícolas en los Municipios de Cáceres e Ituango y de Escuela Hogar para campesinas en los Municipios de Valdivia y Angostura en el Departamento de Antioquia.

"Artículo 9º Auxíliase con la suma de trescientos mil pesos ($ 300.000.00) para la construcción de locales para un colegio masculino de segunda enseñanza en el Municipio de Anorí, en el Departamento de Antioquia.

"Artículo 10. Concédese un auxilio de trescientos mil pesos ($ 300.000.00) con destino a la construcción de un edificio para la administración municipal en el Municipio de Carolina en el Departamento de Antioquia.

"Artículo 11. Con motivo de cumplirse el primer sesquicentenario de la creación del Municipio de Angostura, la Nación se asocia a la celebración de dichas festividades y con tal motivo decrétase un auxilio de quinientos mil pesos ($ 500.000.00) con destino a la construcción del acueducto y alcantarillado municipales.

Artículo 12. Los auxilios y gastos que esta ley decreta se cobrarán por parte de las entidades beneficiarias previo el lleno de los requisitos legales para el cobro de esta clase de auxilios.

"Artículo 13. Las partidas de que trata la presente ley, serán incluídas por terceras partes en los presupuestos de los años sucesivos y si por algún motivo no quedaren incluídas en los presupuestos que el Congreso apruebe, el Gobierno queda autorizado para realizar los traslados y hacer los créditos y contracréditos necesarios para dar cumplimeinto a la presente ley.

"Artículo 14. Deróganse las disposiciones contrarias a la presente ley.

"Artículo 15. Esta ley regirá desde su sanción".

La objeción de inconstitucionalidad está formulada en los siguientes términos:

"La Ley 71 de 1946 que desarrolla el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, considera como empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación, que deben someterse a los requisitos de ella, la construcción de hospitales; de centrales o plantas hidroeléctricas; de establecimientos de enseñanza secundaria, profesional, industrial, etc.; edificios públicos, y acueductos y alcantarillados, municipales o departamentales o de ambas entidades.

"El artículo 2º de la Ley 71 exige, cuando se trata de la construcción o ensanche de una obra, que el proyecto que persiga el apoyo nacional deberá presentarse acompañado de los documentos que allí enumera. En los antecedentes del proyecto no aparece constancia, en el presente caso, de que se hubieran cumplido los requisitos y condiciones exigidos.

"Tampoco se dio cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 3º y siguientes de la mencionada Ley 71.

"La Ley 46 de 1946, orgánica del plan de centenarios para los efectos del artículo 76 de la Constitución Nacional, numerales 4º, 19 y 20, limita, en su artículo 2º, la cooperación pecuniaria de la Nación con una suma no superior a doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000.00). Además, dispone en su artículo 3º, que en toda junta de manejo de los fondos de centenarios habrá un representante del Ministerio de Obras Públicas y otro de la Contraloría General de la Nación. Por otra parte, la Ley 46 se refiere a centenarios y no a otra clase de efemérides".

Al examinar el Congreso el pliego de objeciones del señor Presidente de la República se dice, para insistir en el referido proyecto de ley, que el Decreto-Ley 1675 de 1964, en su artículo 138, deroga la Ley 71 de 1946, y que aquel estatuto no tiene el carácter de precepto constitucional, ni es una ley privilegiada.

El señor Procurador General de la Nación conceptúa que son inexequibles los artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 7º, 9º, 10 y 11 del proyecto de ley "por la cual se decretan unas obras de beneficio para el norte del Departamento de Antioquia", por contrarios al ordinal 20 del artículo 76 de la Carta.

Se considera

Es cierto que el artículo 138 del Decreto-Ley 1675 de 14 de julio de 1964 derogó la Ley 71 de 1946. Pero esta derogatoria en manera alguna significa que el Congreso pueda ordenar aquellos auxilios sin la programación que exige el constituyente. Resulta de ello únicamente que mientras tanto le está vedado decretarlos. Sin planes ni programas previamente adoptados por el legislador, no puede el Parlamento ejercer la atribución que le confiere el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional. Así lo ha señalado la Corte en sus fallos de 14 de diciembre de 1945 (G. J. T. 59, P. 645 a 650) y de 5 de octubre de 1946 (G. J., T. 61, P. 310 y siguientes), proferidos antes de que fuera dictada la Ley 71 de 1946; y así también lo ha entendido en la sentencia de 16 de diciembre de 1964 y en otras de fecha posterior, dictadas después de que fuera derogada la citada Ley 71 de 1946.

Si así no fuese, bastaría que el Congreso no expidiera ley alguna de planeación para que quedara sin vigencia el ordinal 20 del artículo 76 de la Carta, en el que se dispone que las leyes destinadas a "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo" deben ser expedidas "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

La finalidad perseguida por el constituyente, de organizar con el debido esmero la inversión de los fondos públicos de fomento económico, o de apoyo o estímulo a los institutos o empresas útiles o benéficas, exige que no se pueda decretar auxilios de los fondos nacionales sino con sujeción estricta a los planes y programas que previamente adopte el Congreso.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta, DECLARA INEXEQUIBLES los artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 7º, 9º, 10 y 11 del proyecto de ley "por la cual se decretan unas obras de beneficio para el norte del Departamento de Antioquia", objetadas por el señor Presidente de la República.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araujo Grau, Julio Romero Soto, Conjuez, *Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.*

Ricardo Ramírez L., Secretario.

Sala de Decisión

SANCIONES DISCIPLINARIAS

De conformidad con lo estatuído en el Decreto 1698 de 1964, la vigilancia judicial corresponde al Ministerio Público. — Trámite a seguir en algunos eventos del decreto antes mencionado.

De conformidad con los artículos 28 y 29 del Decreto 1698 de 1964, que evidentemente están relacionados con los 54 y 55 del mismo, la jurisdicción disciplinaria la pone en movimiento el Ministerio Público —naturalmente con necesaria referencia a los casos contemplados por el artículo 43 del mismo Decreto— previa la práctica de visita al correspondiente despacho judicial, de cuya acta con observaciones se dé traslado a los funcionarios afectados para que se descarguen dentro del término de ocho días. Resultando observaciones sin desvirtuar, el Procurador proferirá resolución ordenando enviar lo actuado a la autoridad competente para imponer las sanciones disciplinarias.

Ahora bien, no habiéndose cumplido con dichos trámites, no puede la Corte estimar que está en presencia de un caso en que deba proceder a estudiar si impone o no a los magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla alguna sanción disciplinaria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Decisión. — Bogotá, diciembre catorce de mil novecienos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araujo Grau).

El señor Procurador del Distrito Judicial del Atlántico remitió a esta Corporación su Resolución número 054 de 22 de noviembre último "junto con lo actuado como resultado de actuaciones del H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial en relación con el estudio, rechazo y aprobación de la lista de Jurado de esta ciudad, que la Procuraduría de este Distrito ha estimado irregular". En la nota remisoria advierte que procede "de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 29 del Decreto-Ley 1698 de 1964".

La parte resolutiva de la providencia del señor Procurador de Distrito es del siguiente tenor:

"1º Declarar respetuosamente que a juicio de la Procuraduría de este Distrito, el Honorable Tribunal Superior ha actuado irregularmente en el estudio, rechazo y aprobación de la lista de Jurados de Conciencia de esta ciudad y como resultado de tal declaración";

"2º Remitir esta Resolución a la Presidencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, junto con lo actuado en relación con el asunto, a efecto de que por esa Altísima Corporación se resuelva lo que se estime procedente en relación con las observaciones anotadas por la Procuraduría del Distrito".

"Dése cuenta al señor Procurador General de la Nación, de conformidad y para los fines indicados en los artículos 54 (atribución 1ª) y 55 del Decreto-Ley 1698 de 1964".

Y el último de sus considerandos dice: "Que es necesario que por la Honorable Corte Suprema de Justicia se tome nota de las decisiones y declaraciones del Honorable

Tribunal Superior que a juicio de la Procuraduría del Distrito quebrantan claros textos legales o no son el resultado de análisis detenidos y cuidadosos respecto de asunto tan importante, de suerte que se corrijan en lo posible las irregularidades advertidas y se hagan las amonestaciones correspondientes si hubiere lugar a ellas".

Parece, pues, que el Procurador Delegado ha requerido a la Corte para que ejerza su jurisdicción disciplinaria respecto a los magistrados del Tribunal de Barranquilla.

De conformidad con los artículos 28 y 29 del mencionado Decreto 1698 de 1964, que evidentemente están relacionados con los 54 y 55 del mismo, la jurisdicción disciplinaria la pone en movimiento el Ministerio Público —naturalmente con necesaria referencia a los casos contemplados por el Art. 43 del mismo Decreto— previa la práctica de visita al correspondiente despacho judicial, de cuya acta con observaciones se dé traslado a los funcionarios afectados para que se descarguen dentro del término de ocho días. Resultando observaciones sin desvirtuar, el Procurador proferirá resolución ordenando enviar lo actuado a la autoridad competente para imponer las sanciones disciplinarias.

Ahora bien, no habiéndose cumplido con dichos trámites, no puede la Corte estimar que está en presencia de un caso en que deba proceder a estudiar si impone o no a los magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla alguna sanción disciplinaria.

Así lo resuelve.

Comuníquese al señor Procurador del Distrito del Atlántico.

Ramiro Araujo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez.

Ricardo Ramírez, Secretario.

Sala de Casación Civil

HIPODROMO DE TECHO

La Empresa no es parte en el contrato de apuesta que celebran entre sí los suscriptores de los formularios del "5 y 6" o de "ganador" y "placé". Incongruencia.— El Juez no puede cambiar los fundamentos de la demanda.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco).

1º En la reunión hípica número 22 efectuada en el Hipódromo de Techo el 7 de julio de 1957, el caballo "Talal" ganó la carrera; sin embargo, la Junta de Comisarios de Hipódromo de Techo S. A., sin queja alguna al respecto, "ordenó el distanciamiento de Talal al último lugar", con fundamento en " 'actuación contradictoria' del caballo", decisión que "causó a las personas que lo tenían en sus formularios y en las apuestas mutuas, la pérdida de sus respectivos premios y dividendos".

Los señores Víctor Spitzer y Daniel Brandford Herrera, poseedores de los formularios en que figuraba el mencionado caballo y de varios boletos a ganador y placé, alegando incumplimiento por parte de la Empresa, demandaron a Hipódromo de Techo S. A. representada por su Gerente, para que se hagan los siguientes pronunciamientos:

"Primera. Se declare resuelto, por incumplimiento del Hipódromo de Techo S. A., el contrato de juego y apuesta en caballos de carrera, contenido en un formulario de seis aciertos y once (11) formularios con cinco aciertos del concurso '5 y 6', de la reunión 22 de julio 7 de 1957, en que figuraba el caballo Talal en la sexta carrera válida, y en tres (3) boletas a ganador de $ 10.00 cada una, treinta (30) boletas a ganador de $ 2.00 cada una, una (1) boleta a placé de $ 10.00 y treinta y ocho (38) boletas a placé de $ 2.00 cada una, jugadas en la carrera novena, reunión 22 de julio 7 de 1957 al caballo Talal, distinguido con el número 12, por la decisión del Hipódromo de Techo S. A. en desplazar, contra toda evidencia, al último lugar de competencia el caballo Talal, que llegó de primero a la meta.

"Segunda. Que el Hipódromo de Techo S. A. es civilmente responsable de los perjuicios de lucro cesante y daño emergente causados a mis poderdantes, tenedores de los precitados formularios y boletas en que se jugó el caballo Talal, debido al incumplimiento a que se refiere la precedente declaración.

"Tercera. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al Hipódromo de Techo S. A. a pagar, tres días después de la sentencia que ponga fin a esta demanda, las siguientes cantidades de dinero: 1. A Víctor Spitzer por daño emergente la suma de doscientos setenta y siete mil novecientos cincuenta y cuatro pesos con cuarenta y seis centavos ($ 227.954.46) moneda colombiana a que ascendió en la reunión 22 de julio 7 de 1957 el premio a formularios con seis aciertos, y por lucro cesante el uno por ciento (1%) mensual de esta suma, a partir del 2 de julio de 1957 que se hizo exigible el pago del premio, hasta que el pago se verifique; 2. A Daniel

Brandford Herrera por daño emergente la suma de ciento ochenta y cinco mil trescientos un pesos con setenta y seis centavos ($ 185.301.76) moneda colombiana, a que ascendió en la reunión 22 de julio 7 de 1957 el premio a formularios con cinco aciertos y de $ 40.000.00, a que ascendió en la misma reunión hípica, el valor de los dividendos por boletas a ganador y placé, y por lucro cesante el uno por ciento mensual (1%) de estas sumas, a partir del ocho (8) de julio de 1957 que se hicieron exigibles, hasta que el pago se verifique. O las cantidades que se demuestren en el juicio.

"Cuarta. Que se condene en costas al demandado, si se opone".

Entre los hechos o causa petendi del libelo, el más concreto es el distinguido con el número 20. Dice: "La Junta de Comisarios del Hipódromo de Techo S. A., de acuerdo con el artículo 258 del reglamento de carreras, declaró oficial el resultado de la carrera 9ª, reunión 22 de julio 7 de 1957, llevando al 12º lugar a Talal, con lo cual incumplió el contrato de juego y apuesta celebrado con el público y el reglamento que considera ganador el caballo que cruza la meta de llegada en primer lugar".

Como fundamento de derecho se citaron los artículos 1494, 1495, 1498, 1546, 1602, 1603. 1604, 1605, 1613, 1614, 2282 y 2286 del C. Civil.

La empresa demandada negó la mayor parte de los hechos. Rechazó la afirmación de los demandantes de haber celebrado con ellos el contrato de juego y apuesta a que se refiere la demanda y opuso falta de legitimación para responder como parte. La Sociedad —dijo la réplica— solo tiene carácter de intermediaria en esas apuestas y ello justifica el rechazo de las pretensiones de los actores en el juicio.

2º El juzgador de primera instancia desató el litigio en consonancia con las pretensiones de los demandantes y declaró resuelto "el contrato de juego y apuesta en carreras de caballos, a que se refieren los formularios del concurso del '5 y 6' y boletos a ganador y placé que se acompañan a la demanda"; decidió que la "Sociedad Hipódromo de Techo S. A. es civilmente responsable de los perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante ocasionados a los demandantes señores Víctor Spitzer y doctor Daniel Brandford Herrera por el incumplimiento de los contratos de juego y apuesta de que tratan los formularios y boletos a que se refiere el punto anterior"; condenó a la sociedad demandada a pagar a los demandantes, diez días después de ejecutoriada la sentencia, las cantidades señaladas en los apartes a) y b) de la parte resolutiva de la providencia, por concepto de daño emergente, y el uno por ciento mensual por el de lucro cesante.

Apelado el fallo por Hipódromo de Techo S. A., el Tribunal, revocó la declaración de resolución del contrato, modificó la condenación al pago del interés del uno por ciento mensual, fijándolo en el seis por ciento anual, y lo confirmó en lo demás. Ambas partes interpusieron recurso de casación.

3º La providencia recurrida hace un estudio del Reglamento de carreras y asevera que de acuerdo con las normas de dicho Reglamento la empresa del Hipódromo de Techo S. A., programa la carrera, interviene en la conclusión del contrato que celebra el público jugador o apostador, por su mediación, recibiendo el valor y expidiendo el correspondiente título o boleto; "es la máxima autoridad encargada de hacer cumplir el reglamento en el desarrollo del evento y sanciona las faltas, incorrecciones o incidencias producidas durante el mismo; y paga los premios a los ganadores. Estas funciones y obligaciones están íntimamente ligadas entre sí y concurren a un mismo fin...".

Y continúa:

"Según lo observó el Tribunal en otra ocasión, dado el sistema de apuestas del concurso del '5 y 6' y de las apuestas mutuas (...) los concursantes no apuestan contra el Hipódromo de Techo S. A., sino entre sí; y no a una cantidad fija ofrecida por la Empresa, como sucede en las loterías, vr.gr., sino al premio que resulte, cuyo monto se determina por la suma de sus propias apuestas, menos los impuestos y demás deducciones ordenadas por los Reglamentos.

"Es, pues, evidente que el Hipódromo tiene una doble calidad: La de simple intermediaro o nuncio por cuyo conducto se perfecciona el contrato de juego y apuesta

entre los concursantes sin ser apostador. Y otra como empresario en virtud de la cual programa el evento, supervigila el desarrollo de la carrera y como árbitro decide las infracciones reglamentarias cometidas durante ésta. Cualquier negligencia o culpa de las obligaciones a su cargo inherentes a su última calidad, perjudican al ganancioso. De ahí que el monto del perjuicio equivalga a la cuantía del premio. El lucro cesante corresponde a los intereses moratorios de la respectiva suma...".

Niega el Tribunal que Hipódromo de Techo S. A. sea parte en el contrato de juego y apuesta, y, por eso revocó la sentencia del Juzgado que en esa calidad condenó a la parte demandada; pero, declaró pertinente la petición de perjuicios fundándose para ello en que la empresa demandada incurrió en culpa. Al respecto dice el Tribunal:

"Esta petición (se refiere a la indemnización de perjuicios) debe prosperar porque la decisión fue irreglamentaria, toda vez que se fundó en una equivocada programación de ese ejemplar, y no en que éste durante el evento hubiera cargado, atropellado, dificultando la libre acción o cortado la línea de carrera de otro competidor, o se hubiera salido de la pista. El demandado incurrió en culpa tanto por la errónea programación como por el irreglamentario distanciamiento. Estos hechos son personales del Hipódromo porque fueron ejecutados por sus propios órganos". Y concluye:

"Tiene éxito esta súplica porque se formuló independientemente de la primera".

4º **Las demandas de impugnación.**

Procede estudiar primero el recurso de casación propuesto por el apoderado de la parte demandada. Entre los varios cargos formulados aparece el de incongruencia como reparo inicial y, para fundarlo, expone el recurrente que desde la contestación del libelo manifestó que Hipódromo de Techo S. A., no estaba pasivamente legitimado en causa, por no ser parte en el contrato de juego y apuesta y no podía ser considerado como sujeto pasivo de la acción de resolución; que si se atiende a las súplicas y condenas impetradas en la demanda inicial, a sus fundamentos de hecho y de derecho hay que deducir "que los perjuicios y pagos reclamados por los actores se derivan indudablemente de la responsabilidad civil contractual y directa que debía deducirse a la empresa, por razón de una inobservancia concreta de sus obligaciones".

De lo anterior deduce el recurrente que lo primordial, atendiendo a las peticiones del libelo y a las defensas, era decidir si la acción se inició frente a la persona obligada a responder en juicio, o sea, a la identidad entre la demandada y aquella ante quien la Ley (Art. 1546) concede la facultad alternativa, porque tal equivalencia determina la legitimación en causa que, al no tenerla en cuenta el Tribunal, la "desarticuló de manera injurídica, consagrando una relevada disonancia entre lo pedido y lo fallado".

Porque, al aceptarse por el fallador el planteamiento de la defensa, negó la primera súplica por considerar que Hipódromo de Techo S. A., no es parte en el contrato de juego y apuesta y, no obstante, dejó en pie las declaraciones y condenas consecuenciales, quebrantando el contenido del artículo 471 del C. J., y disgregó los elementos estructurales de la responsabilidad civil contractual, base innegable de la acción resolutoria propuesta por los actores, quedando así, incongruente la parte resolutiva de la sentencia con lo solicitado y expuesto en la contestación de la demanda, "porque a pesar de reconocer los motivos esenciales de la absolución, condenó al demandado como si estuviera habilitado pasivamente en la causa".

5º **La Corte considera:**

a) La petición de la demanda inicial cita a juicio a Hipódromo de Techo S. A., como parte en el contrato de juego y apuesta pidiendo la resolución del contrato mencionado, "debido al incumplimiento a que se refiere la precedente declaración", y se lo condene al pago de perjuicios. El Tribunal acertó al negar a la empresa demandada la calidad de parte y desechar, en consecuencia, la acción resolutoria, reservada únicamente a las partes en los contratos bilaterales en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. En efecto: **Hipódromo de Techo S. A., no celebra contrato de apuesta con los suscriptores o tenedores de los**

formularios del "5 y 6" o a "ganador" y "placé". El contrato de apuesta lo celebran entre sí los concursantes, prometiéndose recíprocamente una prestación para el caso de que en sus "formularios" acierten en la nominación de los caballos ganadores en el evento respectivo. Hipódromo de Techo S. A., no tiene calidad de apostador frente a los concursantes. Su posición es la de intermediario. Recauda el valor de las apuestas y debe entregar el premio a quien presente el formulario ganador. Los apostadores o concursantes favorecidos por la suerte en la apuesta, no adquieren el derecho de cobrar el respectivo dividendo porque Hipódromo de Techo S. A., sea parte en el contrato, sino por su calidad de nuncio o mandatario y empresario además, según se desprende de la ordenación de su propio Reglamento. Esto de no ser la Empresa demandada parte en el contrato de apuesta, pone de presente la improcedencia de la pretensión resolutoria al señalarla como responsable de un contrato que no ha celebrado.

b) Descartada la posición de parte en el contrato, debió el Tribunal concluir en la forma pertinente. Sin embargo, saliéndose del ámbito de la relación procesal y excediéndose en poder, resolvió sobre lo que no se le había pedido, ni puede deducirse de la cuestión de hecho expuesta en la demanda, pues, el Tribunal llegó a la condenación de Hipódromo de Techo S. A., considerando que la responsabilidad de éste provendría de la "negligencia o culpa de las obligaciones a su cargo inherentes a su última calidad", o sea la de nuncio o mandatario, lo cual no fue planteado en la demanda.

c) La sustitución que el Juez haga de una petición por otra, deduciendo una pretensión distinta a la propuesta, configura extralimitación de su facultad decisoria que no puede ir hasta cambiar los fundamentos de la demanda y tener por solicitado lo que no se ha pedido, o dejar de resolver sobre lo que ha sido materia de oportuna invocación de las partes en el juicio.

d) La pretensión circunscribe el contenido del fallo, en el sentido de que éste no puede ser mayor, menor o distinto de la invocación correspondiente. El principio de la congruencia supone y exige el pronunciamiento relativo a cada uno de los puntos litigiosos, reconociendo el derecho invocado por las partes. La violación de este principio ocurre por fallar sobre más de lo pedido (incongruencia positiva); dejar de decidir sobre algo de lo solicitado (incongruencia negativa); y por decidir sobre algo distinto a lo pedido (incongruencia mixta), en cuanto reúne en sí las dos anteriores, ya que en este supuesto se pronuncia sobre punto no solicitado y se omite fallar sobre lo que ha sido materia de la controversia.

El pronunciamiento que se revisa incurrió en incongruencia al condenar a la Empresa demandada al pago de perjuicios como consecuencia de la "negligencia o culpa de las obligaciones inherentes", cuestión no solicitada, ni insinuada siquiera en la demanda del juicio. Es, por lo tanto, procedente el cargo.

6º En la demanda de casación de la parte actora se enjuicia la sentencia recurrida por haber infringido el artículo 1617 del C. Civil, por indebida aplicación y, por falta de aplicación de los artículos 1613, 1614 y 2182 del mismo ordenamiento.

Que erró el Tribunal —dice el reparo—, por no haber obligado al pago de los intereses moratorios "cuando condenado en forma definitiva el Hipódromo por la Corte Suprema, no satisfaga en el término que fije la sentencia, el valor de la reparación por daño emergente y lucro cesante".

7º Se considera:

Las mismas motivaciones expuestas para declarar la incongruencia de la sentencia recurrida, sirven para resolver el cargo que se estudia, porque, si no se puede condenar a la indemnización de perjuicios compensatorios, por no ser la empresa demandada en el juicio, parte en el contrato de juego y apuesta, menos podía obligársela a pagar intereses de mora. Por no ser parte en el contrato mencionado, está exenta de las obligaciones que de ella se pretenden en el presente juicio.

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, CASA la sentencia del Tribunal Superior

de Bogotá, de fecha dieciséis (16) de octubre de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el juicio ordinario de Víctor Spitzer y otro contra Hipódromo de Techo S.A., sobre pago de una suma de pesos, y como juzgador de instancia REVOCA la sentencia del Juzgado Quinto Civil de este Circuito, de dieciséis de mayo de mil novecientos sesenta (1960), y en su lugar:

Falla

ABSUELVESE a la Empresa Hipódromo de Techo S.A. de los cargos que le fueron formulados, por ser improcedente la acción resolutoria propuesta en la demanda.

Costas de las instancias a cargo de la parte actora y sin ellas en el presente recurso.

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.

ESTADO CIVIL

Pruebas principales y pruebas supletorias.— Cuándo tienen cabida éstas últimas. — Carácter y valor de los certificados de defunción expedidos por los Secretarios Municipales de Higiene.— Presupuesto procesal de capacidad para ser parte.

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

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

Ante el Juez Civil del Circuito de Villavicencio el señor Leo César Diago Avila demandó al señor Celedonio Calderón para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara que pertenecen a la sucesión del difunto Leopoldo Diago Díaz una finca llamada "San Joaquín" y dos porciones aledañas de terreno, ubicadas en el paraje de Orotoy, en jurisdicción del Municipio de Acacías, y alindadas como se indica en la demanda. También solicitó el actor que se condenara al demandado a restituir tales bienes a la sucesión dicha y a pagar los frutos de los mismos inmuebles y las costas del juicio.

De los varios hechos en que se apoya la demanda cabe destacar los siguientes:

1. El señor Leopoldo Diago adquirió una finca llamada "San Joaquín", situada en el paraje de Orotoy, Municipio de Acacías, por compra que hizo a Pablo Emilio Rubio mediante la Escritura número 90, expedida en la Notaría de Villavicencio el 10 de marzo de 1927.

2. El mismo señor Diago hubo una porción de terreno contigua al predio anterior por compra hecha a José Garay por la Escritura número 386, otorgada en la misma Notaría de Villavicencio el 29 de octubre de 1927.

3. También adquirió el señor Diago una tercera porción de terreno colindante por compra que hizo a Angel Custodio Morales mediante la Escritura número 390, pasada en la misma notaría el 30 de septiembre de 1929.

4. El señor Diago Díaz poseyó los bienes mencionados durante varios años, pero en 1930 los entregó al señor Gonzalo Jiménez para que los usufructuara en pago de una suma de dinero que le adeudaba.

5. El nombrado Jiménez tuvo algunos administradores de esos bienes, el último de los cuales fue el demandado Celedonio Calderón, quien se convirtió en poseedor de los inmuebles sin saberse el motivo de ello.

6. El señor Leopoldo Diago Díaz falleció el 16 de julio de 1936, dejando como heredero universal y único a su hijo Leo César Diago Avila, actual demandante.

7. Apenas hace poco tiempo que el actor Diago Avila tuvo conocimiento de los bienes que su padre había dejado en el Municipio de Acacías.

El demandado Calderón contestó la demanda y en su respuesta negó los hechos sustanciales, expresó que la finca "San Joaquín" es de su propiedad y que no tiene por qué restituirla a nadie y propuso las excepciones de inepta demanda y de ilegitimidad de la personería.

El primer grado del juicio concluyó con la sentencia de primero de febrero de 1958, en la cual se denegaron las súplicas de la demanda, se absolvió al demandado y se condenó en costas al actor.

La sentencia impugnada

Surtida la segunda instancia por apelación del demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio profirió el fallo de 12 de abril de 1961, por el cual se revocó la sentencia de primer grado, se desecharon por infundadas las excepciones propuestas, se declaró que la sucesión de Leopoldo Diago Díaz es dueña de los bienes que fueron objeto de la litis y se condenó al demandado a restituir esos bienes a la misma mortuoria y a pagar los frutos y las costas del juicio.

La motivación de esta sentencia empieza por hacer la reseña del negocio, anota que en él se ejercita una acción reivindicatoria, transcribe los pasos salientes del fallo de primera instancia y expresa que las razones en que se funda esa decisión aparecen desvirtuadas por la respuesta que el demandado dio al libelo inicial. En efecto, en esa contestación expresó el señor Calderón que la finca de "San Joaquín" es de su propiedad y que por ello no está obligado a restituirla a nadie. De esta manera el demandado admitió ser el poseedor de los bienes en litigio y quedó asimismo establecida la identidad de esos inmuebles. La respuesta aludida comprueba estos dos factores consistentes en la identidad de dichos bienes y en la posesión que sobre ellos ejerce el propio demandado. En respaldo de esta conclusión el fallo acusado cita unas doctrinas de la Corte.

Se refiere también la sentencia a las escrituras presentadas por la parte demandante, dice que estos títulos acreditan el dominio en favor de la misma parte y expresa en seguida:

"Por lo expuesto, se concluye que los cuatro elementos constitutivos de la acción reivindicatoria se encuentran cumplidos en el presente juicio, a saber: dominio por parte del demandante; posesión por parte del demandado; cosa singular reivindicable, e identidad de la cosa materia de la acción reivindicatoria. De consiguiente, la acción debe prosperar".

Acerca de las pruebas allegadas por el demandado observa la sentencia que con ellas no acredita éste tener mejor derecho que la parte actora, sino que por el contrario confirma ser el poseedor de los bienes en disputa.

Examina las excepciones propuestas por el mismo demandado y dice que, aunque no se expresaron los hechos que las constituyen, de autos aparece demostrada la personería del demandante con las partidas de matrimonio de Leopoldo Diago con Carmen Rosa Avila, de defunción del nombrado señor Diago y de nacimiento del actor Leo César Diago Avila. Además, éste demanda, no para sí mismo, sino para la sucesión de su difunto padre. Por manera que esas excepciones no aparecen acreditadas.

El fallo estudia el punto relacionado con la buena o mala fe del demandado, concluye que es de mala fe y que debe ser en consecuencia condenado a pagar los frutos de los bienes desde que entró a ocuparlos, y hace otras consideraciones que no hay para qué recordar.

La impugnación

La parte demandada recurrió en casación y con respaldo en la primera de las causales establecidas por el artículo 520 del C. Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado varios cargos, de los cuales la Corte se contrae a examinar uno de ellos por considerarlo fundado.

La demanda de casación acusa una palmaria deficiencia en la técnica del recurso, pero lo expuesto en ella atina por lo menos a estructurar un cargo que está destinado a prosperar. Consiste la censura en el quebranto indirecto, por aplicación indebida, de los artículos 946, 950, 952 y 964 del C. Civil, a causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas. Como normas probatorias violadas se citan los artículos 347, 348, 349 y 357 del C. Civil, 1º y 5º de la Ley 92 de 1938 y 22 de la Ley 57 de 1887.

Se sustenta este motivo diciendo que para comprobar la defunción del señor Leopoldo Diago Díaz se allegó un certificado de la Secretaría de Higiene del Distrito Especial de Bogotá, que tal certificación no tiene el carácter de prueba principal ni es apta para demostrar ese fallecimiento y que al reconocerle valor probatorio incurrió la

sentencia en un error de derecho. El recurso agrega que el artículo 1º de la Ley 92 de 1938 señala cuáles son los funcionarios encargados del registro del estado civil de las personas, que entre esos funcionarios no figura el Secretario de Higiene del Distrito Especial, y que en cambio el artículo 22 de la Ley 57 de 1887 les asigna a las partidas de origen eclesiástico la calidad de pruebas principales de dicho estado civil. Repite luego que ningún precepto positivo le atribuye al referido Secretario de Higiene la facultad de llevar el registro del estado civil de las personas, que la sentencia cometió un error de derecho al considerar demostrada la defunción del señor Diago con el certificado expedido por dicho señor Secretario y que ese yerro entraña el quebranto de los artículos 347, 348, 349 y 357 del C. Civil, 1º y 5º de la Ley 92 de 1938 y 22 de la Ley 57 de 1887. Como consecuencia de este error se violaron, por aplicación indebida, los artículos 946, 950, 952 y 965 del C. Civil, el primero y el segundo por reconocerle acción reivindicatoria al demandante, el tercero por haber dado por establecida la posesión del demandado sobre los bienes y el cuarto por decretar la condena al pago de frutos.

Consideraciones de la Corte

El Título 20 del Libro Primero del C. Civil regula los modos de registro y prueba de los hechos constitutivos del estado civil de las personas. Por la trascendencia que, en razón de sus efectos jurídicos, tiene este estado en las relaciones de familia y en la sociedad en general, la ley ha buscado imprimirles seguridad y estabilidad a los hechos y situaciones que lo constituyen, sometiéndolos a un régimen de registro y prueba de carácter especial y diferente del sistema probatorio a que están sujetos los actos y relaciones de índole patrimonial. De aquí que, en materia de estado civil, sean de aplicación preferente las normas que consagran los medios específicos de comprobarlo. Entre estos preceptos figura en primer término el artículo 347 del C. Civil, que consagra el principio de que las actas del estado civil extendidas por los funcionarios encargados de su registro, "serán las pruebas del respectivo estado".

La Ley 92 de 1938 señala los funcionarios a quienes compete llevar el registro del estado civil y regula lo concerniente al modo de asentar las actas respectivas. Entre aquellos funcionarios no figuran los Directores de Higiene de los Municipios, como tampoco el del Distrito Especial de Bogotá.

Los artículos 18 y 19 de la misma Ley 92 clasifican en principales y supletorias las pruebas del estado civil. La primera de estas disposiciones establece que las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los funcionarios de que trata dicha ley, tienen el carácter de pruebas principales del mismo estado. El artículo 19 señala cuáles son las pruebas supletorias al prescribir que la falta de las dichas partidas principales, puede suplirse, en caso necesario, por otros documentos auténticos, por las actas de origen eclesiástico, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata y, en defecto de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado civil. A falta de las pruebas principales, puede acudirse a las supletorias para demostrar el estado civil. Tradicionalmente ha entendido la Corte que a tales pruebas supletorias no puede recurrirse adlibitum, sino que su empleo y admisión están subordinados a que también se acredite la falta de la respectiva partida principal mediante la certificación del funcionario a quien correspondía extenderla (XLII-1897, 135; LXXXVII-2194, 402).

Para comprobar en este juicio la defunción del señor Leopoldo Diago Díaz se adujo una certificación del Secretario de Higiene del Distrito Especial de Bogotá, en que se expresa que en los libros necrológicos de esta oficina aparece una partida que da razón de la muerte de dicho señor, acaecida el 16 de julio de 1936. Como se ha dicho, el nombrado Secretario de Higiene no figura entre los funcionarios encargados de llevar el registro del estado civil de las personas y en consecuencia las certificaciones de defunción que expide no tienen las calidad de prueba principal del respectivo fallecimiento. Al certificado sobredicho, como lo ha expuesto varias veces la Corte (XLII-1898, 190), se lo podría tener como uno de aquellos docu-

mentos auténticos de que habla el citado artículo 19 de la Ley 92 para el efecto de reconocerle el carácter de prueba supletoria; pero sucede que en este caso no se acreditó la falta de la prueba principal, esto es, de la partida de defunción del señor Diago que debió extenderse ante el funcionario competente, y que, por este motivo, aquel certificado no puede ser admitido aquí como tal prueba supletoria de la muerte del nombrado señor Diago.

La sentencia, al admitir la mencionada certificación del Secretario de Higiene como prueba del fallecimiento del señor Diago Díaz, incurrió en verdad en un error de derecho, consistente en reconocerle mérito probatorio a ese certificado sin aparecer demostrada la falta de la partida principal de tal defunción. Este yerro entraña el quebranto del artículo 347 del C. Civil, que asigna a las actas de estado civil asentadas por los funcionarios respectivos la calidad de pruebas principales de ese estado.

El error anotado condujo a la sentencia a dar por abierta la sucesión del señor Diago Díaz y a reconocerle al demandante Diago Avila el carácter de heredero de dicho supuesto causante y acción para demandar la reivindicación de los bienes en beneficio de la misma mortuoria, produciendo de manera indirecta la infracción del artículo 946 del C. Civil, por aplicación indebida. Si, por las razones expuestas, el certificado del Secretario de Higiene no puede ser admitido como prueba del fallecimiento del nombrado Leopoldo Diago, obvio es que tampoco es posible considerar abierta su mortuoria, ni reconocer al demandante la calidad de heredero que hace valer, ni admitir que está legitimado para demandar la reivindicación en provecho de esa presunta mortuoria. Lo cual vale decir que en esta litis falta el presupuesto procesal de capacidad del actor para ser parte en juicio como heredero del señor Diago Díaz y en interés de su sucesión y que ese defecto impide decidir en el fondo este mismo negocio. Por donde se ve que el fallo acusado incurrió de veras en algunas de las violaciones que señala el recurso y que en consecuencia debe ser casado para el efecto de revocar la sentencia de primer grado y declarar en su lugar que, por carencia del aludido presupuesto procesal, este litigio no puede ser resuelto en el fondo.

Las consideraciones que preceden bastan para sustentar la respectiva sentencia inhibitoria.

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, CASA la sentencia de doce de abril de mil novecientos sesenta y uno, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este juicio reivindicatorio promovido por Leo César Diago Avila contra el señor Celedonio Calderón, y en su lugar

Resuelve

Primero. Revócase en todas sus partes la sentencia de primer grado de fecha primero de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho, dictada en este mismo juicio por el Juez Civil del Circuito de Villavicencio.

Segundo. Declárase que, por carencia del presupuesto procesal de capacidad del demandante para ser parte en juicio como heredero de Leopoldo Diago Díaz, no hay lugar a decidir en el fondo este litigio.

Tercero. Ordénase la cancelación del registro de la demanda.

Cuarto. Condénase a la parte demandante a cubrir las costas de la primera y de la segunda instancia.

Quinto. Sin costas en el recurso de casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RIFAS DE ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO

Son contratos de adhesión y llevan anexa la confianza general. — Culpa in contrahendo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, ocho (8) de julio de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez).

Por Alfredo Rodríguez Montero fue demandado el Municipio de Ibagué para que se le condenara a transferir al actor y se le entregara materialmente un solar situado en la Parcelación Residencial El Jordán, "entre las carreteras que de Ibagué conducen hacia Bogotá y Honda, dentro del perímetro urbano de la ciudad y a diez minutos de su centro comercial, debidamente urbanizado y con las correspondientes vías de acceso". O que si pasados tres días de la ejecutoria de la sentencia no se hubiese cumplido la transferencia, se condenara al Municipio a pagar a Rodríguez Montero el valor de cuatro mil metros cuadrados de terreno en el susodicho lugar de El Jordán, a justa tasación de peritos.

Como causa para pedir señala el libelo inicial que el Cabildo de Ibagué organizó la Junta Municipal de Turismo para fomentarlo, procurar el conocimiento de la ciudad y sus costumbres; Junta que ha verificado varias rifas de terrenos y automóviles para recaudar fondos en función de llenar su cometido; y que así el actor Alfredo Rodríguez Montero salió favorecido en la rifa verificada el 15 de octubre de 1959, "con el cupón cívico número 0880, que dice:

" 'Este Bono Cívico da derecho a intervenir en la rifa de un lote de terreno de 4.000 metros cuadrados donado por la firma El Urbanizador Económico, situado en la Parcelación Residencial de El Jordán, situada entre las carreteras que de Ibagué conducen hacia Bogotá y Honda, dentro del perímetro urbano de la ciudad y a diez minutos de su centro comercial. El sorteo se hará en fecha que se indicará oportunamente, ante las autoridades'. Hay un sello que dice: 'Junta de Turismo de Ibagué, Fdo., J. Fajardo, Presidente'. Hay otro sello que dice: 'Junta de Turismo de Ibagué, Tesorero, Fdo. N. H. Parra'. Hay otro sello que dice: 'Contraloría Municipal - Auditoría General - Ibagué'. Sobre este sello hay una rúbrica".

Y en resumen, que no obstante ser Rodríguez Montero el ganador de la rifa no ha conseguido del Municipio que le haga titular del dominio sobre el terreno sorteado. Al respecto se lee en los hechos:

"Sexto. Siguiendo en su justa reclamación el señor Rodríguez, con fecha 1º de marzo de 1960 se suscribió un acta por los señores Gabriel E. Galindo, en representación del Urbanizador Económico, don Antonio Zambrano Jiménez, como Presidente de la Junta de Turismo de Ibagué y don Marco Fidel Suárez Nieto, como Auditor de la Junta de Turismo de Ibagué y Secretario de la Contraloría Municipal, acta por medio de la cual los señores Zambrano Jiménez y Suárez Nieto cumplían una comisión impartida por la Junta de Turismo de Ibagué en sesión de 4 de enero de 1960. En la citada acta, que presento original, se hizo constar la entrega a Rodríguez Montero de un lote de terreno no urbanizado, en la 'Parcelación suspendida de El Jordán...' Dicho lote dizque tiene: 'cuatro mil metros, descontando ochenta metros de la servidumbre del camino que sale de la carretera del salado (sic)'.

"Séptimo. En la misma acta de que hablo en el punto anterior se dice textualmente:

'El señor Rodríguez, beneficiario, recibió (sic) a satisfacción el lote antedicho y en el acto de la firma de la respectiva escritura por el cesionario (sic) **Dr. Luis Antonio Díaz Salazar**, se hará entrega del cupón ganador.

"Octavo. Mi representado, el señor Rodríguez Montero no ha poseído en ningún momento ni posee el lote de terreno de que habla el acta mencionada en los dos puntos anteriores, y, en caso de que lo poseyera, no sería propietario de él, porque hasta el presente no se le ha hecho escritura alguna por la Junta Municipal de Turismo de Ibagué ni por persona alguna.

"Noveno. Si la rifa fue hecha por la Junta de Turismo de Ibagué, el ganador no tiene por qué reclamar el pago del premio a persona distinta, como lo ha pretendido dicha entidad, mandando al señor Rodríguez Montero a reclamarlo a don Gabriel E. Galindo, quien nada tiene que ver con este asunto".

Concluyó el negocio en primera instancia con fallo absolutorio pronunciado el 11 de junio de 1962 por el Juez 3º Civil del Circuito de Ibagué. Pero el Tribunal de aquel Distrito con fecha 6 de septiembre de 1963 resolvió la alzada del actor, así:

"**Condénase** al Municipio de Ibagué a obtener para el demandante señor Alfredo Rodríguez Montero, dentro del término de treinta días subsiguientes al de la ejecutoria del auto de obedecimiento a lo resuelto por el Tribunal, la titulación necesaria para transferirle el dominio del lote de terreno a que se refiere la petición primera de la corrección de la demanda, o sea el mismo determinado en el acta de entrega por la Junta Municipal de Turismo (folio 3, cuaderno 1).

"Si el Municipio no cumpliere o no estuviere en condiciones de cumplir con lo anterior, una vez vencido el plazo antecitado, dentro de los tres días subsiguientes deberá pagar al actor el valor de ese determinado terreno, justipreciado al tenor de lo dispuesto en el artículo 553 del Código Judicial".

Se resuelve ahora el recurso de casación interpuesto por el Municipio y sustentado por su mandatario ante la Corte.

La sentencia acusada

Con citas doctrinales de varios autores y en presencia de la Ley 151 de 1959 sobre establecimientos públicos descentralizados, el sentenciador concluye en el sentido de que la Junta de Turismo, para efectos de la responsabilidad con terceros, es una dependencia municipal, y que "por tanto de aquellos actos, como el de que aquí se trata, debe responder el Municipio y no una junta sin patrimonio ni autonomía precisamente determinados".

"Esto dicho —continúa el fallo— considera la Sala que no es el caso de declarar probada la excepción perentoria de falta de legitimación en la causa de la parte demandada".

Acerca del billete de la rifa adquirido por el actor, expresa:

"Que ese cupón fue favorecido en el sorteo correspondiente está comprobado con el acta de entrega que aparece al folio tres del cuaderno principal, llevada a cabo el 1º de marzo de 1960, en la cual se da cuenta de que se trasladaron a la Parcelación —suspendida— **El Jordán**, el señor Gabriel Galindo, encargado de hacer la entrega del lote, el entonces presidente de la Junta de Turismo señor Antonio Zambrano Jiménez, Marco Fidel Suárez Nieto, Auditor de la Junta de Turismo y Secretario de la Contraloría Municipal y el señor Alfredo Rodríguez portador de la cédula número 2227671, quien fue favorecido con el cupón cívico número 0880 en el sorteo verificado el 15 de octubre del año pasado (sic) (1959), y con lo que se expresa en la copia del acta número 40 (Fls. 15 a 17 del cuaderno 2) y el acta número 1 de 1960 (Fl. 19 del mismo cuaderno)".

Hace otras consideraciones, y continúa:

"A todas luces es protuberante que el ciudadano Alfredo Rodríguez Montero, modestísimo y paupérrimo vendedor de loterías, ampliamente conocido en Ibagué, es el ganador de ese anhelado premio que fue ofrecido por la Junta Municipal de Turismo en el primer festival folclórico, como poseedor favorecido en el respectivo sorteo, cupón en el cual invirtió sus $ 20.00 en el cual indudablemente debió vincular todas sus esperanzas de rendición económica, lo cual esperó y ha esperado inútilmente, según las

alegaciones que aparecen de autos, sin que haya tenido resultado positivo de su gestión".

Más adelante dice:

"En las loterías y rifas hay en verdad un contrato mediante el cual el patrocinador de la lotería o rifa, debida y legalmente autorizada, ofrece determinado premio al público mediante la emisión de determinada cantidad de boletos numerados, a precio especificado por unidad. El comprador del boleto o cupón, mediante esa adquisición, onerosa en la mayoría de las veces, con excepción lógica de las rifas gratuitas, paga el valor de él y adquiere el derecho a participar en el sorteo y verifica con ese acto de adquisición prácticamente una adhesión a lo ordinariamente especificado en esa clase de boletos, en donde en el reverso se explica, suficientemente, en caso de salir favorecido con el número de orden marcado en el aludido cupón, la bondad del premio que puede exigirse con él.

"En consecuencia, el patrocinador de la lotería o rifa, con el acto de emitir los cupones numerados y sacarlos a la venta al público, adquiere (sic) la obligación de entregar al ganador del número que fuere favorecido en el sorteo, el premio que hubiere sido ofrecido".

Y al concluir:

"En el caso sub-judice es diáfano que la Junta de Turismo de Ibagué emitió cupones numerados, por valor de $ 20.00 cada uno, que en el reverso de esos cupones se ofreció como premio un lote de terreno ubicado en la Parcelación El Jordán, dentro del perímetro urbano, a diez minutos del centro comercial, con extensión de cuatro mil metros cuadrados. En consecuencia, esa Junta Municipal de Turismo, que se ha isto en este asunto como dependencia del Municipio de Ibagué, para efectos de la responsabilidad contractual, adquirió (sic) la obligación de entregar ese terreno y de otorgar la escritura pública correspondiente al ganador. La entrega en forma material de posesión al ganador fue efectuada, por los linderos determinados en ella, mas no ha sido otorgada la titulación necesaria a ese ganador para darle el dominio de ese bien raíz".

La acusación

Está invocada la causal 1ª y el libelo presenta cuatro aspectos para sustentarla, a saber:

I. Falta de legitimación pasiva en la causa, por cuanto para deducir contra el Municipio responsabilidad fundada en el contrato por adhesión de rifa, según la demanda inicial, es necesario: a) que el contrato de rifa haya sido celebrado por el Municipio; b) que legalmente ese contrato pueda obligar al Municipio, a pesar de no haberlo celebrado", dice la censura.

Glosa el fallo en el sentido de que si el Tribunal consideró que la Junta de Turismo no es un establecimiento descentralizado sino una dependencia municipal, la consecuencia debió ser que los funcionarios de esa Junta carecían de facultad legal para obligar al Municipio, por ser ello atribución del Personero, previa autorización del Concejo. Alude a que la demanda no pretende deducir responsabilidad extracontractual, sino responsabilidad contractual; y señala como violados por aplicación indebida los artículos 1494, 1610, 1495, 1502, 1505, 1507 del Código Civil, y ordinal 9º, artículo 234 del Código Político y Municipal.

II. Insiste en que la representación de los Municipios para efectos contractuales incumbe exclusivamente a los Personeros, por lo que "ningún contrato puede celebrarse por funcionario distinto y si alguno lo hace es un contrato inexistente, de tercero, para ese Municipio.

"Los contratos celebrados a nombre de una persona —se lee en la censura—, y con mayor razón de un Municipio, por quien no es su representante, son actos jurídicos inexistentes frente a ese Municipio, ni siquiera nulos absolutos".

Y en este orden de ideas considera infringidos por aplicación indebida los citados textos: 1494, 1610, 1495, 1502 y 1505 del Código Civil; además de repetir que no se ha planteado responsabilidad extracontractual en el litigio.

III. Estima el recurrente que al no ser demandado el donante del terreno objeto de la rifa, hay falta de contradictorio completo, aunque el Municipio fuese responsable. Alude a que en los billetes se dijo que el terreno era donado por la firma El Urba-

nizador Económico, en la Parcelación residencial El Jordán. A que en el acta de entrega figura como dueño Luis Antonio Díaz Salazar, de manera que el comprador de los billetes lo hizo a sabiendas de que el solar no era de propiedad de la Junta del Municipio, sino de un tercero.

"Resulta claro —agrega— que la demanda ha debido dirigirse contra ese tercero, para que cumpliera la tradición, puesto que de él recibió el demandante la entrega material del inmueble y porque en el cupón que compró constaba claramente esa circunstancia.

"Pero, en último término sería incuestionable que la demanda debía dirigirse contra ambos: Municipio y dueño del lote".

Insiste otra vez en la alegada violación de los artículos 1494, 1610, 1495, 1502 y 1505 del Código Civil; y en que no se trata de responsabilidad extracontractual.

IV. Se refiere a que como demandante recibió materialmente el terreno del dueño de la parcelación, aceptó que el inmueble allí determinado no es de pertenencia del Municipio, cosa que sabía desde cuando compró el billete. De donde el recurrente deduce que al imponer el sentenciador al Municipio la obligación de transferir el dominio del inmueble al ganador de la rifa, "aplicó indebidamente, violándolos en forma directa, los artículos 1494, 1610, 1495, 1502 y 1505 del Código Civil, puesto que de tales textos dedujo esa inexistente obligación".

Se considera

1. El motivo determinante de la adhesión al sorteo de que en este juicio se trata, con evidencia radica en la confianza general anexa a la actividad de los entes de derecho público y en concreto del Municipio de Ibagué.

2. El tomador del billete para la rifa ofrecida por la Junta Municipal de Turismo, no tenía por qué parar mientes en el título por el cual adquiriera Ibagué el inmueble determinado como objeto del sorteo. Le bastaba adquirir, como adquirió de buena fe, la respectiva boleta.

Si de su parte el Municipio no satisfizo las condiciones necesarias para que la contratación a que invitaba al público por medio de su Junta de Turismo tuviese cumplido efecto y perfeccionamiento adecuado; si la intervención del Personero Municipal o del Cabildo correspondía o no a las regulaciones necesarias para que las municipalidades se obliguen por contratos de esa índole; y si debían llenarse o no para el caso determinadas provisiones, son materia que con nitidez escapan a la esfera de quien por su adhesión fundada en la confianza pública, colabora al logro de la finalidad de interés común que los dichos sorteos presuponen.

3. El adquirente del billete para una de tales rifas, con mucha razón subentiende cumplidos a cabalidad los requerimientos para la eficacia plena del sorteo. Las fallas al respecto no son imputables a los ciudadanos adherentes, sino, como es notorio, al Municipio patrocinador de la rifa, el que por su culpa se hace responsable del daño originado en la inefectividad del contrato por causas coetáneas a su celebración. Y no por culpa aquiliana, sino por culpa in contrahendo, o sea dentro del marco de la responsabilidad contractual.

4. Viene a ser claro entonces que si el Tribunal condenó a efectuar la tradición del inmueble al ganador de la rifa, o en defecto, al pago del premio por su estimación en dinero, todo a cargo del Municipio de Ibagué, procedió conforme a derecho y la censura no puede prosperar.

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, NO CASA la sentencia de fecha 6 de septiembre de 1963 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en la presente litis de Alfredo Rodríguez Montero contra el Municipio de Ibagué.

No hay costas. (576 C. J.).

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, José Hernández Arbeláez, José María Esguerra Samper, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SENTENCIA DEFINITIVA

No hay imposibilidad para que un acto de decisión se contenga también en la parte considerativa del fallo. — Inconsonancia. — No la hay cuando no resulta rebasamiento del límite de la pretensión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, doce de julio 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 Pamplona, con fecha 25 de abril de 1962, en el juicio ordinario seguido por Aurelio Marconi Palacio frente a Carlos Eugenio Lémus Jácome.

I

El litigio

Aurelio Marconi Palacio trajo a juicio ordinario a Carlos Eugenio Lémus Jácome, en solicitud de que se condenase a éste a pagar a aquél la suma de $ 19.119.08 y los correspondientes intereses legales de la misma, saldo del valor de una edificación que el actor se obligó a construirle al primero y que le entregó debidamente terminada.

La síntesis de los hechos de la demanda traduce que el actor se obligó para con el demandado a construirle, con arreglo a las especificaciones que reza el libelo, un edificio en la calle 10 de la ciudad de Ocaña, entre carreras 13 y 14, por el precio de $ 60.000.00 pagadero en la forma que la demanda indica; que el actor "dio cabal cumplimiento a las obligaciones contraídas ya que terminó en forma total la construcción contratada, bajo su inmediata vigilancia y dirección"; pero que el demandado, solamente le abonó, "en forma irregular en cuanto se refiere a tiempo y cantidades de dineros previstos en el contrato, del valor total la suma de cuarenta mil ochocientos ochenta pesos con noventa y dos centavos ($ 40.880.92)", por modo que "desde el mes de noviembre de 1958 fecha en la cual fue terminada en su totalidad la obra contratada ... adeuda al señor Aurelio Marconi Palacio la cantidad de diez y nueve mil ciento diez y nueve pesos con ocho centavos ($ 19.119.08) ...".

En su lacónica contestación, el demandado dijo: "Los hechos del libelo de la demanda no me constan y por consiguiente los niego".

Por la sentencia de primera instancia se condenó al demandado a pagar al actor la cantidad solicitada por éste, como saldo del valor del contrato de construcción en referencia, más los intereses legales de la misma cantidad desde que fueron exigibles y las costas de la instancia.

Por apelación del demandado, abrióse el segundo grado del juicio, a que recayó la sentencia del Tribunal de Pamplona, de 25 de abril de 1962, por la cual éste reformó la del inferior, en el sentido de "condenar en abstracto al demandado señor Carlos Eugenio Lémus Jácome al pago de su obligación resultante del contrato de construcción, de que se ha hecho mérito", condena cuya liquidación dispuso hacer "por la vía señalada en el artículo 553 del C. J.". Confirmó, además, lo relativo a costas, e impuso también al reo las de la segunda instancia.

Recurrido en casación, por el litigante vencido, este pronunciamiento, ha llegado la oportunidad de que por la Corte se desate el recurso.

II

La sentencia impugnada

La sustancia de su argumentación es la de que se demostró la existencia del referido contrato entre el demandante y el demandado, como también el hecho de haber cumplido el primero la obligación que para con el segundo contrajo de construirle la edificación aludida; pero, que no aparece claro cuál sea el saldo líquido de la deuda que por este motivo corre a cargo del último, a quien por el momento solo puede condenársele en abstracto al pago de tal obligación. Los considerandos del pronunciamiento referentes a éste último aspecto son los siguientes:

"Ya se vio cómo la prueba complementaria apenas permite la estructuración del contrato, en sus elementos de valor, objeto y prestación insatisfecha a cargo del demandante (sic). El Juez, para atender a la petición de la demanda hizo una simple sustracción, entre el valor del contrato ($ 60.000.00) y los $ 40.880.02 que el demandante confiesa recibidos, en la demanda.

"No cree la Sala que el **cuantum** (sic) de la cuestión esté plenamente establecido, pues las pruebas que complementan el principio de prueba por escrito no lo demuestran. Los testigos al respecto se muestran o ignorantes o saben de la deuda de $ 19.119.08 únicamente por referencias. No hay nada que pueda determinar que lo demandado es precisamente lo que se deba, ni en su totalidad, ni en la mitad, ni en ninguna fracción.

"Sin embargo, esa circunstancia no puede hacer malograr la existencia de la obligación demostrada en autos y que corre a cargo del demandado, cual es la de pagar el saldo en su contra, en cuanto que el demandante reduce su pretensión a la suma señalada en la demanda.

"La condenación sobre el particular ha de ser en abstracto, para que mediante el procedimiento del artículo 553 del C. J. se llegue a la liquidez de la obligación, artículo que en sentir de la Corte 'es amplio en su contenido y se refiere a cantidades ilíquidas por concepto de frutos, perjuicios, u otra cosa semejante'.

"Debe tenerse en cuenta para la liquidación la suma confesada por el actor como recibida y que no es posible que aquella liquidación rebase los $ 19.119.08 deprecados".

III

El recurso extraordinario

El libelo de casacion, oportunamente contestado por la parte opositora, formula un cargo único respecto de la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial, en razón del cual hace el siguiente planteamiento:

Que el actor solicitó en su demanda condena por **"la suma de diez y nueve mil ciento diez y nueve pesos con ocho centavos ($ 19.119.08), de capital,** y los intereses legales desde que se hizo exigible la obligación";

Que, no obstante lo anterior, el Tribunal al desatar la alzada contra la sentencia de primer grado, **"reformó** ese proveído, y, en su lugar, condenó a D. Carlos Eugenio Lémus Jácome al pago, **'en abstracto'**, de una suma de dinero que, según él, deberá liquidarse **'por la vía señalada en el artículo 553** del C. J.' ";

Que "La condena **en abstracto,** de que informa el número precedente, ha sobreseído (sic), en potencia, los lindes de la pretensión del demandante, dado que si la liquidación que establece el artículo 553, citado, llegare a arrojar (que es humano de los hombres errar), una suma superior a los diez y nueve mil ciento diez y nueve pesos con ocho centavos ($ 19.119.08), a que se concretó la pretension del actor, **liquidación que vincularía inexorablemente para el futuro al Juez y a las partes contendientes,** tendríamos que la sentencia materia del recurso implicaría, ni más ni menos, una condena **plus petita** que, a su vez, se traduciría en una inconsonancia con la pretensión del señor Marconi Palacio oportunamente deducida y concretada en forma expresa dentro de los lindes del libelo que sirve de base a la acción"; y

Que si el Tribunal no encontró probado el **quantum** de lo que se demanda, no ha debido echar mano de una norma inaplicable al caso **sub-judice,** cual es la que se contiene en el artículo 553, y que, si así no lo

hubiera hecho, habría tenido que "absolver al demandado, precisamente por falta de esa prueba".

En consecuencia de todo lo discurrido, se acusa la sentencia "por no estar ella en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el actor en su libelo, inconsonancia que llevó al H. Tribunal Superior de Pamplona a violar, desvertebrándolas, las normas formales que se consagran en el artículo 471 ibídem, que establece que 'las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes'."

La Corte considera

1. Si bien el asiento de la fuerza obligatoria de una sentencia ha de buscarse en su parte resolutiva, en razón de lo dispuesto por el artículo 471 del Código Judicial, ello no significa que, para analizar el alcance de la parte resolutiva, haya de tenerse en cuenta solamente la forma de ésta, como un postulado autónomo, sino que su sentido y alcance han de entenderse en armonía con los fundamentos aducidos en la motivación, en cuanto constituyan los supuestos necesarios o determinantes del pronunciamiento. Y es más: como el objetivo de la función del Juez en el proceso de conocimiento es el acto de decisión, en el que se concreta la voluntad de la ley, debe entenderse que ese acto decisorio se recoge, no solamente en el sector del fallo formalmente destinado a servir de sede de la sentencia, sino allí en dondequiera que por ésta se decida algún punto de la controversia, con esa específica significativa y, por lo tanto, con destino a producir fuerza de cosa juzgada sustancial (Cas. Civ. 31 octubre 1936, XLIV, 1918/19, Pág. 461; S. Ngs. Gns. 25 marzo 1941, LI, 1973/74. Pág. 721; Cas. Civ. 11 febrero 1948, LXIII, 2057/58, Pág. 664; Cas. Lb. 1º abril 1960, XCII, 2223/24, Pág. 713).

2. Ahora bien: en el caso del litigio, resulta que, bajo la parte considerativa del fallo acusado, aparecen categóricamente formuladas por el sentenciador las siguientes determinaciones: la de que, por cuanto no se halla establecido el quantum de la obligación a cargo del demandado, "La condenación sobre el particular ha de ser en abstracto, para que mediante el procedimiento del artículo 553 del C. J. se llegue a la liquidez de la obligación"; y la de que "debe tenerse en cuenta para la liquidación la suma confesada por el actor como recibida y que no es posible que aquella liquidación rebase los $ 19.119.08 deprecados" (se subraya).

Es, pues, indiscutible que, no obstante que la última de las determinaciones que se acaban de ver, no fue colocada en la parte resolutiva del fallo, por su índole misma participa de la naturaleza de ella, la condiciona y especifica, y como antecedente limitativo de la cuantía de la condena en abstracto no permitirá que la liquidación que de ésta se haga, mediante el procedimiento del artículo 553 en cita, sobrepase la cantidad de $ 19.119.08 señalada por el actor como objeto de su pretensión en cuanto al principal de la obligación demandada.

3. Muéstrase, así, desprovista de fundamento la alegación del recurrente, de que la condena en abstracto excede, en potencia, los lindes de la pretensión del demandante, lo cual no pasa de ser una hipótesis que el fallo mismo desautoriza y, por lo mismo, irrealizable.

4. Quiere decir que el cargo de incongruencia que aquí se ventila no se configura, porque si el pronunciamiento, por sus mismos términos, según está visto, no permite que se rebase el límite de la pretensión del actor, jamás podrá tildarse de fallo ultra petita, único aspecto de inconsonancia a que se ha contraído la censura.

5. La que en manera alguna cobra argumento con la cita que trae a colación, de una doctrina de la Corte (XLII, Pág. 563), según la cual la parte demandada "no puede ser condenada a más de lo pedido, sino en consonancia con la demanda", y que si, en esa especie, el actor se allanó, bajo forma disyuntiva, a lo que resultase de una estimación pericial, ello fue una petición subsidiaria para el caso de que el justiprecio resultase menor que la cantidad señalada por el demandante. Como claramente se advierte, esta doctrina en nada es contraria, sino que, antes bien, se acopla a la expuesta en el presente fallo.

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 veinticinco (25) de abril de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PRESUPUESTO PROCESAL DE DEMANDA EN FORMA

Cuando lo que se pretende es una cosa raíz, no es el poder el que debe expresar los linderos del inmueble sino la demanda. — Incongruencia. — En casación no procede considerar las censuras presentadas en forma condicional. — Posesión. — La ejercida por el poseedor por medio de un tenedor y a su nombre, no se demuestra con la simple diligencia de entrega.— El certificado del Registrador de Instrumentos no suple al título.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, julio doce de mil novecientos sesenta y cinco.
(Magistrado Ponente: Doctor Arturo C. Posada).

Segundo Manuel Canacuán y Azael Caicedo ante el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales demandaron a Flavio M. Cárdenas, para que mediante los trámites de un juicio ordinario, se resolviera en sentencia definitiva:

1º Que el predio denominado La Cueva, situado en la sección de Ensillada del Municipio de Córdoba, comprendido por los linderos expresados en esta súplica, pertenece en dominio pleno a los demandantes.

2º Que, en consecuencia, se condene al demandado a restituir dicho fundo a los actores dentro del término que señale la sentencia "con sus frutos naturales y civiles, y no solo los percibidos sino los que los dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder".

3º Que se ordene la inscripción de la sentencia en la oficina respectiva de Registro.

4º Que se condene en costas al demandado.

Los fundamentos de hecho son:

1º Por escritura 993 de 14 de octubre de 1944, autorizada en la Notaría 2ª de Ipiales, Manuel Canacuán dio en venta a Segundo Manuel Canacuán el predio La Cueva descrito en la primera súplica.

2º Manuel Canacuán lo había adquirido por compra a Ramona Yandún, quien, a su vez, lo hubo por usucapión extraordinaria.

3º Mediante escritura 357 de 11 de abril de 1959, otorgada en la misma Notaría, Segundo Manuel Canacuán le vendió a Azael Caicedo la mitad de dicho fundo, el cual pertenece, por tanto, en común y por mitad, a los demandantes.

4º "El fundo en cuestión se halla poseído en la actualidad por Flavio M. Cárdenas quien alega dominio sobre el predio".

Cárdenas descorrió el traslado a la demanda oponiéndose a las pretensiones de los actores; propone las excepciones perentorias de prescripción adquisitiva ordinaria en su favor a base de su título adquisitivo, y prescripción adquisitiva extraordinaria en favor de la vendedora, cumplida en favor de ésta antes del 13 de abril de 1956, y la cual favorece al demandado.

Sobre la situación jurídica del predio, "materia de la reivindicación" que Cárdenas adquirió en mayor extensión por escritura 206 de 13 de abril de 1956, expone en síntesis:

El fundo La Cueva, en mayor extensión de la que se reivindica, desde mediados del siglo pasado perteneció a Ramona Yandún, madre legítima de María Encarnación Cuaspud, quien falleció después de haberlo poseído más de treinta años. Esta en vida de la madre comenzó a ejercer actos de posesión, como sembrar el predio, pastar animales, construir la casucha que existe allí,

deslindarlo de las propiedades vecinas. Luego María Encarnación, ya poseyendo el inmueble, se casó con Manuel Canacuán, hace más de cincuenta años, quien de Muesmerán, donde residía, vino a vivir con su esposa en el predio de La Cueva. Manuel Canacuán, sin ser suyo, vendió dicho bien, a su nieto Segundo Manuel Canacuán por la ya citada escritura 993 de 14 de octubre de 1944. A pesar de esta venta, María Encarnación Cuaspud no dejó de ser poseedora, y para la fecha de la venta entre los Canacuán, abuelo y nieto, aquélla ya lo había adquirido por prescripción extraordinaria. Muerto Manuel Canacuán, su viuda María Encarnación Cuaspud, dueña del inmueble, lo vendió al demandado Flavio M. Cárdenas por escritura 206 de 13 de abril de 1946, quien entró a poseerlo y le fue embargado y secuestrado en el ejecutivo que, todavía pendiente, le sigue Serafín T. Hernández Taimbud.

De los hechos acepta el 1º, 2º, y 4º, pero con modificaciones, y niega el 3º.

El Juzgado del conocimiento falló en primera instancia el 20 de abril de 1960 haciendo las declaraciones impetradas.

El Tribunal, en alzada interpuesta por el demandado, confirmó la decisión del inferior por sentencia de veintitrés de octubre de mil novecientos sesenta y uno.

Motivación del fallo de segunda instancia

Se refiere, en primer término, a los títulos de adquisición que presentan los dos demandantes, o sea, las escrituras 993 de 1944 por la cual Manuel Canacuán vendió a Segundo Manuel Canacuán el predio La Cueva, y la 357 de 1959 mediante la cual Segundo Manuel Canacuán vendió la mitad del fundo a Azael Caicedo, formándose así una comunidad entre ellos sobre dicho inmueble. Y, en segundo lugar, a las declaraciones que dieron Mariano Quelal, Delfín Quelal, José María Cultid, Clímaco Ceballo y Francisco Cultid sobre la posesión que Manuel Canacuán tuvo del mismo bien por un tiempo de treinta años anteriores a 1944. También alude al testimonio de Encarnación Cuaspud viuda de Canacuán sobre que ella vivió en ese inmueble, y, que cuando se casó con Manuel Canacuán, éste recibió en regalo o cesión de Ramona Yandún, madre de Encarnación, la finca La Cueva.

El demandado Cárdenas funda su derecho en la escritura 206 de 1946, conforme a la cual María Encarnación Cuaspud le vendió el terreno sub-lite, quien expresa haberlo adquirido por prescripción extraordinaria proveniente de más de cuarenta años de posesión.

Halla el sentenciador que con los testigos citados se demostró la posesión que Manuel Canacuán tuvo durante más de treinta años antes de vendérselo a Segundo Manuel Canacuán en 1944, lo cual es suficiente para reconocer a los actores su mejor derecho, "puesto que Flavio Cárdenas no acreditó en ninguna forma ese hecho de la posesión de su tradente señora María Encarnación Cuaspud". A esto se agrega la prioridad del título de los demandantes, para concluir el mejor derecho de éstos.

La posesión material del inmueble por parte del demandado la encuentra comprobada con la confesión del mismo al contestar la demanda.

Sobre la identidad del predio advierte que, si bien el título presentado por el demandado no coincide en general con los linderos contenidos en la demanda y en la escritura de los actores, se acreditó eficazmente con la pericia recogida en la inspección ocular.

Tocante a la excepción de prescripción ordinaria invocada por el demandado, el Tribunal considera que no puede prosperar, porque nada se demostró al respecto, pues, para comprobar la posesión derivada de la supuesta dueña, Encarnación Cuaspud, se trajeron varios testimonios que no exponen la verdad, porque "Si se considera que María Encarnación contrajo matrimonio con Manuel Canacuán en el año de 1894 (Fl. 5 C. 3), fácilmente se concluye que los testigos preindicados que declararon sobre la posesión de María Encarnación Cuaspud, veinte años antes de casarse con Manuel Canacuán, no dicen la verdad, porque significaría que presenciaron actos entre los años de 1874 a 1894, es decir muchos años antes de nacer los testigos. Haciéndose des-

tacar también que Encarnación Cuaspud nació antes del 20 de octubre de 1873 (Fl. 6 Cuad. 3)".

Advierte que de la información traída al proceso se sabe que el 23 de abril de 1946 en el ejecutivo seguido por Serafín Hernández contra Flavio Cárdenas, se secuestró el predio La Cueva dejándolo en poder del depositario Salomón Burgos, que fue reemplazado más tarde por Carlos A. Guerrero; y que el 12 de mayo de 1960 fue rematado ese inmueble. "Esto indica, prosigue el fallador, que en el mismo mes en que adquirió el inmueble La Cueva Flavio Cárdenas, lo dimitió en el ejecutivo señalado", y que se trata aquí del caso de un demandante con título escriturario contra un demandado que también exhibe título, con la circunstancia de que el del primero es anterior en dos años al del segundo, lo cual es una base "para reconocer el mejor derecho del demandante".

Añade que habiéndose demostrado que el tradente del actor poseyó real y materialmente el predio, resulta que el título del demandado viene de quien no es dueño, que su compra fue de cosa ajena, la cual vale sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, pero no prevalece sino que sucumbe ante el título del actor.

Por el análisis hecho de la posesión del tradente de los demandantes, se infiere la imposibilidad en declarar probada la prescripción extraordinaria en favor de la vendedora de Flavio Cárdenas.

Recurso de casación

Este por intermedio de apoderado impugnó la sentencia del Tribunal con el recurso extraordinario de casación que entra a resolver la Corte.

Cinco cargos presenta el acusador: el primero lo deriva de incongruencia, y los demás, de errores de hecho en la estimación de pruebas.

I

La primera censura la expone, en resumen, así: En la demanda se pide declarar que el terreno llamado La Cueva pertenece a los demandantes por los linderos indicados en la primera súplica.

En la contestación del libelo expresó el demandado que tal predio lo había adquirido con mayor extensión por la escritura 206 de 13 de abril de 1946, es decir, que la demanda alinda una superficie menor.

El mismo demandante admite que lo que le vendió Manuel Canacuán es mayor extensión de lo que reivindica, ya que los linderos expresados en las escrituras 993 de 14 de octubre de 1944 y 206 de 1946 son los mismos, y ambos muy distintos de los indicados en el punto I de la demanda.

Al condenarse a restituir de acuerdo con la primera de estas dos escrituras, el Tribunal falla en más de lo pedido, pues en la demanda no se reivindica la totalidad de lo alindado en el instrumento 993 sino "otro objeto totalmente distinto que hasta puede estar incluído en aquella escritura". Se pide la restitución de una cosa, y se decreta la de otra. Distinto hubiera sido si la demanda reivindicara por los linderos de la totalidad; "por el pie hasta la zanja ... y no hasta la línea para construir una zanja, como claramente aparece esta diferencia de las dos alinderaciones: la demandada, y la que trae la escritura 993". En otras palabras, la sentencia es ultra petita "Máxime cuando Manuel Canacuán confiesa que vendió la mitad del terreno a Solomón Chitán, quien, a su vez lo vendió a Bertilda Gómez. Y la sentencia, condena a restituir por los linderos de la escritura 993, cuando esto no se pidió en la demanda.

La Corte considera

La incongruencia que el impugnante hace consistir en haber fallado el Tribunal en más de lo pedido, plus o ultra petita, hay que buscarla en la parte resolutiva del fallo y en las peticiones de la demanda, a fin de ver si en realidad existe entre estos dos extremos la falta de conformidad alegada por el recurrente, sin que sea el caso de examinar las cuestiones de hecho o las razones de derecho tenidas en cuenta por el sentenciador. En el caso sub-lite, la primera petición de la demanda pretende se declare que el predio denominado La Cueva pertenece pro indiviso a los demandantes comprendido por los linderos que en la misma súplica se expresan; y la segunda, que

se condene al demandado Cárdenas a restituirles el fundo "antes decrito".

Ahora bien, la sentencia de primera instancia, confirmada por el Tribunal, en el primer numeral declara la pertenencia de los demandantes pro indiviso del inmueble La Cueva determinado por los mismos linderos que expone la primera súplica del libelo; y en el segundo, condena al demandado a restituir el fundo antes descrito. Es cierto que el Tribunal, terminada la alindación del predio en la declaratoria de dominio, añade: "de acuerdo a las escrituras números 993 de 14 de octubre de 1944 y 357 de 11 de abril de 1959, ambas de la Notaría Segunda del Circuito de Ipiales", pero esta agregación tiene un alcance puramente explicativo, en cuanto a los fundamentos que expuso para su decisión, no para modificar los linderos, porque no habría tenido objeto alguno haber transcrito los que contiene el libelo.

No hay, por consiguiente, falta de consonancia o conformidad entre lo pedido por los actores y lo resuelto en la sentencia, sino completa correspondencia.

II

Hace consistir la segunda tacha en que el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación del poder que los actores dieron al abogado que instauró la demanda, en cuanto en tal documento no se expresaron los linderos del inmueble.

Los razonamientos con que el recurrente sustenta la acusación se pueden resumir así:

El poder conferido para que el mandatario obre del modo que le parezca más conveniente, no autoriza para ejercer actos que exigen autorización o cláusulas especiales. (Art. 2150 del C. C.).

El poder para seguir un juicio reivindicatorio, al tenor del artículo 255 del C. Judicial, siendo especial, debe determinar claramente el objeto del mandato, "llenar los requisitos de una demanda" (artículo 256 ibídem), o sea, indicar de manera expresa, siquiera tácita, "los linderos de la cosa que se reivindica, el título donde se encuentren, según lo preceptúa el artículo 205, ibídem, para que pueda formarse la relación jurídico-procesal con la presentación de la demanda que permita al sentenciador pronunciar sentencia.

Como el poder debe considerarse elemento esencial o parte de la demanda, si en él no se indican, en la forma anotada, los linderos por los cuales el Procurador debe instaurar la acción reivindicatoria, se tiene que "falta el presupuesto procesal de demanda en forma, que no permite pronunciar sentencia de mérito.

No habiéndose expresado en el poder los linderos por los cuales estaba comprendido el inmueble, objeto de la reivindicación, al entender el Tribunal que tal documento sí reunía las condiciones de los artículos citados del Código Civil y del judicial, incurrió en un error de hecho manifiesto en la apreciación de él, y, como consecuencia, violó directamente tales preceptos por no haberlos tenido en cuenta, e indirectamente, los artículos 946 y 762, inciso 2º del C. Civil, los cuales aplicó, sin ser del caso, fallando favorablemente la acción reivindicatoria. "Pues faltando el presupuesto procesal indicado, no se podía reconocer la acción consagrada en el artículo 946, ni desconocer el derecho del demandado, como poseedor que el segundo le otorga".

Prosigue el recurrente exponiendo que si la Corte estima que el error cometido por el Tribunal en la apreciación del poder no fue de hecho sino de derecho, por no ser suficiente en cuanto no reúne las condiciones de los artículos citados, presenta el cargo "por violación indirecta de la ley sustantiva citada" (artículos 946 y 762 del C. C.) y a consecuencia de error de derecho en la apreciación del mandato y de la demanda".

Finalmente, el acusador, para el supuesto de que la Corte estimare que no falta el presupuesto procesal de demanda en forma, sino el de "legitimatio ad procesum por parte de los demandantes o de su apoderado, mutatis mutandis configuro también así el cargo".

La Corte considera

De los presupuestos procesales, o sea, de los requisitos indispensables para que se forme la relación jurídico-procesal que permite pronunciar sentencia de mérito, el de demanda en forma toca exclusivamente co-

mo lo indica la misma expresión, con la petición con que se inicia el juicio, la cual debe reunir las exigencias formales de que tratan principalmente los artículos 205, 209, 222 y 737 del C. Judicial. De estas normas, solamente la primera ordena que en la demanda se exprese si las partes comparecen por sí o por medio de representantes, pero no va hasta examinar si el poder expresó o no los linderos del inmueble, porque tal formalidad la requiere indispensablemente el artículo 22 citado, para la demanda no para el poder, cuando dice: "Si lo que demanda es una cosa raíz, deben especificarse los linderos y las demás circunstancias que le den a conocer y la distingan de otra con que puedan confundirse".

De otra parte, la excepción de inepta demanda a que da lugar también la falta del precitado presupuesto, no tiene cabida en lo atinente sino cuando la demanda que "se propone no reúne los requisitos legales".

Esto lleva a ver que el fallador no podía cometer el error de hecho en la apreciación del poder hasta el punto de haber incurrido en el mismo yerro en la estimación de la demanda en cuanto no reúne los requisitos del presupuesto procesal de demanda en forma, dado que éste mira exclusivamente a la demanda y no al poder. Es un imposible jurídico que el presupuesto que se predica de la demanda privativamente, se extienda también al poder, cuyas deficiencias dan lugar a otras consecuencias procesales, como son las indicadas en los artículos 332, 448, 450 del C. Judicial.

El cargo por error de derecho, si la Corte estimare que no es de hecho, en cuanto a la carencia del presupuesto de demanda en forma, o la falta de legitimatio ad procesum en el supuesto de que se encontrare que los yerros alegados se refieren a este requisito, no cabe estudiarlo, porque, como lo ha dicho la Corte en repetidos fallos, las censuras presentadas en forma condicional no pueden considerarse, por cuanto el artículo 531 del C. Judicial dispone que se formulen en forma separada e independiente.

Tercer cargo. (2º de la demanda)

Lo formula por violación indirecta de ley sustantiva a causa de error de hecho en la apreciación del concepto pericial con que el sentenciador estimó probada la identidad del inmueble en litigio.

Para demostrar su aserto el impugnador transcribe de la pericia con que el Tribunal dio por demostrada la identidad, el aparte de la ampliación en la cual los técnicos concluyen que el fundo de que tratan las escrituras 357 de abril de 1959 y 993 de octubre de 1944 es el mismo que fue vendido por María Encarnación Cuaspud a Flavio Cárdenas, según escritura 206 de 13 de abril de 1946, el mismo que fue materia de la inspección ocular, y el detallado en la petición primera de la demanda.

A esto observa el libelo de casación que en la contestación de la demanda se dijo claramente que Cárdenas poseía lo que se reivindica en mayor extensión; que si bien es cierto que lo vendido por Manuel Canacuán a Segundo Manuel Canacuán es lo mismo que María Encarnación Cuaspud vendió a Flavio Cárdenas, no lo es que "una u otra cosa sea la que se reivindica o alindera en la demanda", toda vez que el demandante en las posiciones absueltas en el juicio confesó que vendió a otra persona parte de lo que compró a su abuelo, la cual, a su vez, la enajenó a Bertilda Gómez. De donde infiere que, desmembrada la propiedad adquirida del abuelo, la que ahora se reivindica no es la misma, "ya que los linderos de la escritura 993 iguales a los de la 206 no son los de la 357 y la pericia dice que sí son idénticos es contraria a la realidad documental o alinderaciones que traen las mismas escrituras".

Añade que corroboran la falta de identidad entre lo demandado y lo que reivindica la alindación que trae la escritura de Bertilda Gómez número 119 de 29 de abril de 1955, y que ésta es la poseedora de la parte desmembrada por dicha escritura, a virtud del arreglo que hizo con Flavio Cárdenas para excluir del remate esa parte del fundo La Cueva en el ejecutivo de Serafín Taimbud contra Cárdenas.

Concluye que, al tener como plenamente probada la identidad del inmueble reclamado, cometió un error evidente de hecho "o que aparece de bulto en los autos", porque en estos obran la confesión del demandante, "las escrituras cuyas alindaciones no permiten deducir la identidad en que se

funda el fallo", la escritura 119, la diligencia de secuestro, la petición de Bertilda en el ejecutivo mencionado, y el acta de remate, pruebas todas que ponen en evidencia el error de hecho en que incurrió el Tribunal aceptando la identidad de que hablan los peritos, y las cuales pasó por alto.

Concluye el recurrente que por este error violó el sentenciador de manera indirecta, el artículo 946 del C. Civil que aplicó sin ser del caso.

La Corte considera

El Tribunal respecto de la identidad dijo que, aunque el título presentado por el demandado no coincide en su generalidad con los linderos denunciados en la demanda y en la escritura presentada por los actores, se acreditó con la pericia rendida en la inspección ocular y ampliada luego, en la cual se concluye la identidad entre el fundo La Cueva, materia de la inspección ocular, y el predio detallado en la primera petición de la demanda, y el inmueble "de que tratan las escrituras públicas que acabamos de mencionar, que son la 993, la 357 y la 206 tantas veces nombradas". Infiérese que en la apreciación del concepto pericial no hubo error de hecho, porque el sentenciador aceptó de él lo que dicen los expertos.

El error de hecho invocado por el impugnante estriba entonces en que las pruebas a que se refiere destruyen la conclusión del dictamen pericial, por cuanto establecen en forma evidente que el inmueble que se reivindica, según los títulos de los actores, no es el que posee el demandado de acuerdo con la escritura que aduce como título.

El error de hecho invocado por el impugnante provendría entonces de que el fallador no apreció o no vio las pruebas a que se refiere aquél, las cuales destruirían la pericia, por cuanto ellas evidenciaran la falta de identidad del predio La Cueva.

Ha de observársele al acusador que, fuera de la alusión que hace a la confesión que afirma hizo el demandante Canacuán de haber vendido una parte del inmueble que hubo de Manuel Canacuán, apenas se limita a citar las escrituras presentadas por las partes, para decir que los linderos que traen la del demandante Canacuán y la del demandado Cárdenas son los mismos, pero no los que relata el título del actor Caicedo; igualmente cita los demás documentos pero sin hacer un análisis de ellos, sin ocuparse de demostrar el hecho evidente que resulte de los mismos que desvirtúe la identidad que el sentenciador halla en el dictamen pericial. Esta deficiencia en la sustentación del recurso bastaría para rechazar el cargo, dado que el artículo 520 del C. Judicial exige como formalidad del recurso que el impugnante demuestre el error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

De otra parte, si bien es cierto que en las posiciones absueltas por Segundo Manuel éste dice que le vendió a Salomón Chitán, quien a su turno se la transfirió a Bertilda Gómez, la mitad del terreno que le vendió el abuelo al absolvente, esta confesión no es el medio de acreditar una venta de inmueble. Además, en la escritura 119 de 29 de abril de 1955, por la cual adquirió Bertilda Gómez un lote de terreno denominado La Cueva, aparecen como sus tradentes Salomón Chitán y Sixta Tulia Quelal, quienes, a su vez, dicen haberlo adquirido de Mesías Rosero Tobar, no de Segundo Manuel Canacuán, quien no figura para nada en este título, que, por lo mismo, por sí solo no guarda relación con la identidad del inmueble **sub-judice**.

Las diligencias cumplidas dentro del juicio ejecutivo seguido por Serafín Hernández Taimbud contra Flavio M. Cárdenas no pueden hacerse valer contra los demandantes en este juicio ordinario, que no fueron parte en el ejecutivo.

No resulta, por consiguiente, que el Tribunal haya incurrido en el error de hecho de no haber visto la prueba que desvirtúe la identidad del predio La Cueva hallada por el fallador en la pericia arriba citada.

Cuarto cargo. (3º de la demanda).

En razón de que la sentencia acusada no declaró probada la excepción de prescripción ordinaria propuesta en la contestación de la demanda, basada en la escritura 206 de 13 de abril de 1946 debida y oportunamente registrada, porque 'nada se demostró al respecto', y porque los testigos recibidos a solicitud del demandado "no dicen la verdad respecto a que el demandado ha-

ya tenido en su poder lo que en parte se reivindica, por diez años consecutivos", afirma la acusación que incurrió en grande y visible error de hecho del Tribunal, "consistente en que no vio que tales testimonios sí acreditan la posesión de muchos años por parte del demandado, lo mismo que las siguientes pruebas que aquél pasó por alto: a) La diligencia de secuestro practicada en el juicio ejecutivo de Serafín Taimbud el 23 de abril de 1946 fecha en que el terreno estaba en posesión de Flavio Cárdenas y no de Manuel Salvador Canacuán, quien no se presentó a hacer oposición ni pidió el levantamiento del secuestro, y Cárdenas aparece firmando la diligencia; el Juez hizo la entrega del predio al depositario, que así aparece poseyendo a nombre del ejecutado Flavio Cárdenas. b) La diligencia de cambio de depositario ordenada por el Juzgado que conoce de la ejecución y llevada a término el 7 de febrero de 1959, acredita con la anterior que la posesión del inmueble durante el lapso comprendido entre las dos diligencias, más de trece años consecutivos, "estuvo en manos de un depositario que tenía el inmueble a órdenes de la justicia y por cuenta del poseedor y ejecutado Flavio M. Cárdenas". c) La petición que dentro del mismo ejecutivo hizo Bertilda Gómez para excluir del secuestro una parte del terreno que manifestó había entrado a "usufructuar desde 1955, casi a los diez años de haberse hecho el secuestro". Esta exclusión por acuerdo entre ejecutante y ejecutado demuestra que la posesión de lo que siguió secuestrado y se remató, estuvo en cabeza de Cárdenas.

Como la demanda con que se inicia la reivindicación del fundo La Cueva lleva fecha 15 de julio de 1959, y en ella se afirma la posesión de Cárdenas, es claro que estas diligencias demuestran la posesión material del demandado por más de diez años.

Además las declaraciones de Abraham Revelo, Eleázar Cárdenas y Alejandro Revelo, desechadas por el Tribunal, aunque no precisan el tiempo de la posesión de Cárdenas, sí dicen, y lo corrobora la misma Encarnación Cuaspud, que Cárdenas le sucedió a ésta en la posesión, la cual a su vez sucedió a su madre Ramona Yandún, hecho que por su edad sí han podido presenciar los testigos, ya que la misma Encarnación Cuaspud dice que a fines de la guerra de los mil días ya poseía; que antes lo poseyó su madre con quien hicieron actos de dominio, construyeron su habitación siendo soltera la declarante; que cuando se casó con Manuel Canacuán éste vino desde Muesmerán a poseer conjuntamente el fundo La Cueva. Estos testigos no mienten, aunque no precisen el tiempo o se equivoquen en él. La realidad de las cosas debe tenerse de la declaración de María Encarnación Cuaspud, la cual aprecia mal el Tribunal sobre todo en las respuestas a las repreguntas.

Es un error del sentenciador sostener que el demandado no ha demostrado que desde el año de 1946, en que compró el terreno, hasta el día en que se le notificó la demanda, lo haya poseído continuamente por más de diez años.

Si en el expediente está acreditado que el depositario tuvo en sus manos el fundo La Cueva por orden del Juez y a nombre de Flavio Cárdenas durante más de diez años, sostener lo contrario, como lo hace el Tribunal, es cometer un error de hecho consistente en haber pasado por alto las pruebas indicadas en los numerales a), b) y c), que demuestran la posesión de Cárdenas durante más de diez años, la que unida a su título es suficiente para prescribir ordinariamente, error que se extiende también a no haber relacionado la declaración de María Encarnación Cuaspud y la de los testigos citados con las piezas del juicio ejecutivo traídas a este proceso.

A consecuencia del error apuntado el Tribunal, al no reconocer la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria en favor del demandado, y al declarar la reivindicación, violó indirectamente los artículos 946, 762, inciso 2º del C. C. que aplicó indebidamente, 2512, 2513, 1518 y 2529, ibídem, que dejó de aplicar.

La Corte considera

La sentencia en el aparte en que se ocupa de las excepciones, dice que la prescripción no puede prosperar porque nada se demostró al respecto, puesto que, si bien para probar la posesión derivada de María Encarnación Cuaspud se adujeron los testimonios de Juan Abraham y Alejandro Revelo, Eleá-

zar Cárdenas, José Cárdenas Quelal, Octavio Medina y Bertilda Gómez, en cuanto deponen sobre la posesión de la Cuaspud antes de casarse con Manuel Canacuán, en el año de 1894, no dicen la verdad "'porque significaría que presenciaron actos entre los años de 1874 y 1894, es decir, muchos años antes de nacer los testigos. Debiéndose destacar también que Encarnación Cuaspud nació el 20 de octubre de 1873".

Acerca de las diligencias de secuestro en el ejecutivo de Serafín Hernández contra Flavio Cárdenas, en las cuales se entregó el predio denominado La Cueva a los depositarios Salomón Burgos y Carlos A. Guerrero, respectivamente, expresa el Tribunal que ellas "indican que en el mismo mes en que adquirió el inmueble La Cueva, Flavio Cárdenas lo dimitió en el ejecutivo señalado".

Añade que aquí se trata del caso en que las dos partes presentaban títulos pero el del demandante es anterior dos años al del demandado, "lo cual sería ya un poderoso sustentáculo para reconocer el mejor derecho del demandante". Pero a ello debe agregarse la demostración de que el tradente del actor poseyó real y materialmente el inmueble, de donde resulta que el título de éste proviene del verdadero dueño, no así el del demandado que hubo de quien no era verdadero dueño, y la causa de quien adquirió la posesión inscrita era precaria "porque no se atemperó a la ley comoquiera que ésta asigna validez a la venta de cosa ajena, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida. (Art. 1871 C. C.). Por esta consideración, el título aducido por el demandado no prevalece y sucumbe ante el exhibido por el actor".

Respecto del grande y visible error de no haber visto que los testigos recibidos en la segunda instancia sí acreditan la posesión que el demandado tuvo del inmueble por muchos años, debe anotarse que no cita concretamente los declarantes a que se refiere, ni, por lo mismo, se ocupa de analizarlos para demostrar el aserto sobre la posesión, lo cual constituye una falla de técnica suficiente para considerar el cargo inoperante en lo que a esta prueba se refiere. Pero examinadas las declaraciones de los testigos Juan Abraham y Alejandro Revelo, Eleázar Cárdenas, José Cárdenas Quelal, José Cárdenas, Octavio Medina, Luis Medina y Bertilda Gómez, todos afirman que desde la muerte de Manuel Canacuán, la que ha estado en posesión del terreno ha sido Encarnación Cuaspud. Solamente Juan Abraham y Alejandro Revelo hablan, el primero, de que últimamente lo ha mantenido hasta la fecha de la declaración Flavio Cárdenas, pero que no sabe en qué calidad lo haya adquirido, y el segundo, que "desde en vida de María Encarnación Cuaspud lo manejaba Flavio Cárdenas", pero no sabe en qué calidad. Estos testigos los rechazó el Tribunal, porque encontró que faltaron a la verdad, cuando afirmaron que María Encarnación Cuaspud, mientras estuvo soltera, poseyó durante veinticinco años el predio en litigio, ya que para esta época, 1874, no habían nacido estos declarantes.

El testimonio de Eleázar Cárdenas citado por el acusador como deponente sobre la posesión de Cárdenas, nada dice sobre el particular. Por manera que el error de hecho en lo que respecta con el dicho de estos testigos no aparece configurado.

En estas condiciones, la diligencia de secuestro en la cual se le entregó la finca de La Cueva el 23 de abril de 1946 al depositario Salomón Burgos en el juicio ejecutivo de Serafín Taimbud contra Flavio Cárdenas, y la del 7 de febrero de 1959, al secuestre Carlos A. Guerrero que reemplazó al anterior, por sí solas no son prueba de la posesión por parte de Cárdenas, pues, aunque éste figura y firma la primera diligencia, y el depositario puede conservar el elemento **corpus** de la posesión, no hay la menor prueba de que Burgos a lo largo de los doce años diez meses que transcurrieron hasta cuando se le sustituyó en el depósito haya estado realmente en tenencia del terreno. Al contrario, los testigos presentados por el demandado, que no fueron desechados por el Tribunal y varios de los aducidos por los demandantes, dicen que la que continuó en el predio hasta su muerte, ocurrida después de haber declarado en este juicio en julio de 1959. fue María Encarnación Cuaspud. **La posesión, trátese de la que se alega como directamente ejercida por el poseedor, o de la que éste tiene por medio de un tenedor y a su nombre, debe demostrarse tratándose de un bien inmueble, con ac-**

tos positivos ejercidos en este caso por el secuestre o depositaria, no con la simple diligencia de entrega que puede ser un acto inicial de ella, pero que por si sola no tiene la aptitud de establecer la posesión requerida para configurar la prescripción ordinaria.

La exclusión del terreno de propiedad de Bertilda con asentimiento de las partes en el ejecutivo, demostraría el derecho que ésta tenía como dueña de él, pero no la posesión del demandado en el predio que se reivindica.

No aparece el error evidente de hecho invocado como cargo contra la sentencia.

Quinto cargo (4º de la demanda)

Atribuye esta censura a la sentencia dos errores de hecho "cometidos en la apreciación de la prueba testimonial y escrituraria aportada por la parte actora":

1º Se refiere a los testimonios que el Tribunal tuvo en cuenta para deducir que Manuel Canacuán poseyó exclusivamente el fundo de La Cueva treinta años atrás de la fecha en que se lo vendió a su nieto Segundo Manuel Canacuán, que en este tiempo, por tanto, no fue poseído por María Encarnación Cuaspud; que el dueño, en virtud de la usucapión extraordinaria, era Canacuán, no la Cuaspud, lo cual confirma ésta en su declaración, y que la posesión de los antecesores de los demandantes "sería suficiente para reconocerles el mejor derecho", dado que Cárdenas no acreditó la posesión de su tradente María Encarnación Cuaspud.

2º El Tribunal, comparando los títulos de las partes, estimó que las dos escrituras presentadas por los actores demuestran una posesión inscrita anterior a la del demandado, por lo cual prefieren aquéllas, a más de que el título del demandado, no probada la posesión de la Cuaspud y sí la de su esposo, solo acredita una venta de cosa ajena.

Pretende el impugnante demostrar los errores alegados con razonamientos que se resumen así:

1º Existiendo en el expediente la partida de nacimiento de María Encarnación Cuaspud y la de matrimonio de la misma con Manuel Canacuán, y aceptado como está por las partes que la primitiva dueña y poseedora del bien que se reivindica fue Ramona Yandún, madre de la Cuaspud, la posesión a que aluden los testigos no es exclusiva de parte de Manuel Canacuán sino que como esposo de ésta ejecutó actos en el terreno que a lo sumo indican una posesión en común con la cónyuge, pero no exclusiva de Canacuán para poder usucapir. La misma en la ratificación de la declaración que rindió extrajuicio, al contestar las repreguntas, manifiesta que desde soltera poseyó con su mamá, y que ambas construyeron la casa en la cual vivió siempre, porque allí nació. Los testigos en que se apoya el Tribunal para admitir la posesión exclusiva de Manuel Canacuán dicen lo contrario. Al efecto cita el recurrente a Francisco Cultid, quien expone constarle que desde que se conoce, la Cuaspud ha poseído el fundo La Cueva, "pues allí ha vivido mucho tiempo en dicho fundo". Agrega que siendo vacilantes y contradictorios los demás testigos, porque unos dicen que jamás poseyó Encarnación, y otros, que poseyó como esposa de Canacuán, infiere que se trataba de una posesión no exclusiva del marido sino de ambos cónyuges. En explicación de ésto, alude a los testigos Juan Abraham y Alejandro Revelo, José Cárdenas, Luis Medina y Bertilda Gómez, desechados por el Tribunal pero únicamente en cuanto se equivocan respecto del tiempo en que sitúan algunos hechos.

Así el fallador, al no analizar la prueba relacionándola con las actas de estado civil dichas, con la escritura de venta a Manuel Canacuán en la parte que dice que la poseedora anterior fue Ramona Yandún, y sin que obre demostración de la venta que se dice le hizo Ramona Yandún a su yerno, comete error de hecho al tener como demostrada la posesión exclusiva de Manuel Canacuán, apta para usucapir.

2º Es errónea la apreciación del Tribunal en cuanto afirma que la parte actora tiene una posesión inscrita anterior a la del demandado. En efecto, la inscripción de la escritura 993 de 14 de octubre de 1944 fue cancelada en su totalidad por la venta que Segundo Manuel Canacuán hizo del terreno a Mesías Rosero por escritura 65 de primero de febrero de 1946, registrada al folio 34, partida 214, Libro 1º según aparece del certificado del Registrador, el cual pasó por al-

to el sentenciador, razón por la cual dijo que la inscripción de la escritura 993 es anterior a la del demandado, lo cual no es así porque habiéndose registrado la escritura 65 antes que la 357 de 1959, las cuales versan sobre la totalidad de lo que Manuel Canacuán le vendió a Manuel Salvador Canacuán, cuando éste le vendió a Azael Caicedo por la escritura 357 la mitad de lo que dice adquirió de su abuelo, ya estaba cancelada por el registro la totalidad de la inscripción. La venta que recoge la escritura 357 es de cosa ajena, y en razón de ella Azael Caicedo tiene la inscripción de la mitad de lo que se reivindica a partir del 11 de abril de 1959, y, por lo mismo, la posesión inscrita del demandado data de 1946.

La sentencia acusada, ya por admitir como probada una posesión de treinta años anterior a 1944 en favor de Manuel Canacuán, ya por tener como demostrada una posesión inscrita anterior a la del demandado, incurre en los errores expuestos, y, en consecuencia, viola de manera indirecta, con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, los siguientes artículos del Código Civil: 762, 2518, 1871, 946 y 762.

Considera la Corte:

La circunstancia de obrar en el expediente las actas de nacimiento de María Encarnación Cuaspud y la de su matrimonio con Manuel Canacuán, ante la plena prueba que tuvo en cuenta el sentenciador para admitir la posesión exclusiva de Canacuán en el terreno disputado, no implica que por el hecho del matrimonio surgiera una coposesión entre los dos cónyuges, pues ésta, no nace sino por disposición de la ley o por voluntad de los condóminos o coposeedores. El primer evento no lo registra la ley para el caso **sub-lite**, y el segundo no lo puede acreditar el dicho de la Cuaspud, citado por el recurrente, cuando en su declaración repite que desde cuando se casó, su cónyuge Manuel Canacuán por voluntad de la madre de la exponente entró a trabajar el predio de La Cueva como señor y dueño. (Fls. 24 v. a 27, Cuad. 2).

El sentenciador de segunda instancia, como queda dicho en el resumen de la motivación del fallo, consideró que Manuel Canacuán había adquirido la finca **sub-judice** por prescripción extraordinaria, fundado en las declaraciones de Mariano Quelal, José María Cultid, Clímaco Ceballos, Francisco Cultid y la propia María Encarnación Cuaspud.

Respaldar el error solamente en que el último de los declarantes dice que la Cuaspud ha poseído el bien porque siempre ha vivido en él, es inoficioso, porque la acusación de haberse cometido un error de hecho en la apreciación de una prueba testimonial, requiere se comprenda el conjunto de las personas que la componen, las cuales tuvo en cuenta el Tribunal, para dar por establecido un hecho, ya que la equivocación en la estimación de un solo testimonio, como en el presente caso, dejaría en pié lo afirmado por el resto de los declarantes. Ahora, el que María Encarnación viviera en su casa con el cónyuge, no es prueba de la posesión de ella.

Desechados por el sentenciador los testimonios de Juan Abraham y Alejandro Revelo y Luis Medina, porque depusieron constarle la posesión exclusiva de María Encarnación antes de contraer matrimonio, faltando a la verdad, ya que el segundo no había nacido y los otros dos no estaban en edad de percibir los hechos posesorios, dados los términos del artículo 701 del C. Judicial, no cabe invocarlos para acreditar otros hechos, porque su dicho no hace fe.

José Cárdenas expuso terminantemente: "Lo único que puedo responder a esta pregunta es de que únicamente la ví vivir a María Encarnación Cuaspud juntamente con su marido Manuel Canacuán en el lote de terreno pero nada más. No he visto actos de dominio". Así apreció el Tribunal la exposición de este testigo.

Bertilda Gómez terminantemente declara que siendo vecina ha visto que quien sembró y manejó el terreno hasta su muerte fue Manuel Canacuán no Encarnación Cuaspud.

No existe el error de hecho en la apreciación de la prueba en que se basó el Tribunal para admitir que Manuel Canacuán poseyó y prescribió extraordinariamente en su favor el inmueble La Cueva.

El razonamiento del recurrente en cuanto a la cancelación de la inscripción de la

escritura 993 de 1944 que contiene la venta que Manuel Canacuán hizo a Segundo Manuel Canacuán de todo el predio La Cueva, en virtud de la venta que éste hizo a Mesías Rosero, por la escritura 65 de primero de febrero de 1946, carece de sustento probatorio, porque no se adujo copia de esta última escritura, y es bien sabido que el juicio reivindicatorio tiene como premisa fundamental la prueba del dominio aducida por el actor con la presentación de los títulos debidamente registrados tratándose de inmuebles, que lo acrediten. Y si tal derecho no existiere por haberlo transferido el reivindicador, corresponde al demandado acreditar este hecho con el título respectivo debidamente registrado. Pero, pretender demostrar el otorgamiento de una venta y de su registro solamente con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sin que obre la escritura correspondiente, sería darle al certificado el alcance que tiene el instrumento público principalmente, y que solo en forma supletoria se lo otorga la ley a dicho certificado en los casos y con las formalidades prescritas por el artículo 2675 del Código Civil, ninguno de los cuales se contempla en este negocio.

No ha incurrido en error evidente de hecho el sentenciador al considerar que el título de los demandantes es anterior al del demandado.

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 veintitrés de octubre de mil novecientos sesenta y uno proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario seguido por Segundo Manuel Canacuán y Azael Caicedo contra Flavio M. Cárdenas.

Sin costas por no aparecer causadas.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NOVACION

Requisitos para que la haya. — Estimación que compete al sentenciador cuando la voluntad novatoria no ha sido expresa. — El régimen de Circulación y Tránsito no altera ni sustituye las normas sustanciales de derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, 15 de julio de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente Doctor José Hernández Arbeláez).

El 27 de septiembre de 1955 Eduardo Reyes Madriñán le vendió con pacto de reserva de dominio a Jaime Gutiérrez Rave dos camiones **International**, modelo 1955, con las especificaciones que el respectivo contrato suscrito en Palmira determina.

En abril de 1956 Reyes Madriñán provocó el secuestro e inició acción reivindicatoria de los vehículos contra Gutiérrez Rave en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín. Pero en julio de 1957 el actor desistió, por "arreglo amigable" a que llegara con Gutiérrez Rave.

El 24 de mayo de 1956 Gutiérrez Rave solicitó de la seccional del SIC en Medellín se sirviera "autorizar la venta de un vehículo de mi propiedad" a Leonidas Lara e Hijos Ltda., vehículo que corresponde a uno de los dos camiones **Internacional** comprendido en el negocio del mismo Gutiérrez Rave con Eduardo Reyes Madriñán.

El 29 de octubre de 1956 Leonidas Lara e Hijos Ltda., le vendió con reserva del dominio a Manuel Enrique Garzón, Ramón Velosa y Pedro Tolosa el mismo vehículo de que se trata. Camión que fue secuestrado en ejecutivo seguido ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín por Antonio Escobar contra Jaime Gutiérrez Rave; secuestro que fue levantado a solicitud de Manuel Enrique Garzón y Leonidas Lara e Hijos Ltda., el 24 de julio de 1958, cuando el Tribunal Superior de Medellín confirmó lo resuelto por el Juez del conocimiento.

El litigio

Tales fueron, en síntesis, los antecedentes de la demanda entablada por Jaime Gutiérrez contra Leonidas Lara e Hijos Ltda., con estas súplicas:

"a) Que la firma Leonidas Lara e Hijos Ltda., está en la obligación de pagar al señor Jaime Gutiérrez Rave el valor actual del vehículo distinguido en su motor con los signos RD- 373- H5-28535, valor que asciende a $ 60.000.00 según justa peritación; o el que nuevamente se le fije en nueva tasación pericial.

"b) Que asimismo está la firma Leonidas Lara e Hijos Ltda., en la obligación de pagar al señor Jaime Gutiérrez Rave, todos los frutos civiles que hubiera podido percibir éste con mediana inteligencia y actividad si hubiera tenido en su poder el vehículo referido desde la fecha en que ella vendió el carro al señor Manuel Garzón hasta el momento en que cubra completamente el monto total de la indemnización.

"c) Que también está la firma susodicha Leonidas Lara e Hijos Ltda., en la obligación de reembolsar al señor Jaime Gutiérrez R., todos los gastos de la cobranza y las costas de este juicio.

"Subsidiariamente:

"a) Que la firma Leonidas Lara e Hijos Ltda., está en la obligación de indemnizar plenamente los perjuicios que ha causado al señor Jaime Gutiérrez R., con la venta que ella hizo al señor Manuel Garzón G., y otros de un vehículo **Internacional** modelo 1955, marcado en su motor con los signos RD-373- H5-28535, desde el momento de esa venta. Es entendido que esta condena en abs-

tracto deberá regularse posteriormente por concepto del daño emergente y lucro cesante.

"b) Que también está la firma susodicha, Leonidas Lara e Hijos Ltda., en la obligación de reembolsar al señor Jaime Gutiérrez R., todos los gastos de la cobranza y las costas de este juicio".

Cerró el asunto en primera instancia el Juez 7º Civil del Circuito de Bogotá con pronunciamiento absolutorio del 12 de agosto de 1960, que en segundo grado, abierto por alzada del actor, recibió confirmación del Tribunal Superior, en fallo del 25 de abril de 1964.

Corresponde en esta oportunidad a la Corte resolver el recurso de casación interpuesto por el demandante.

La sentencia acusada

El sentenciador encontró propuesta como principal la llamada **acción traslaticia de dominio**, de que trata el artículo 955 del Código Civil, para cuando el dueño procede "contra el que enajenó la cosa para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil su persecución". Y como súplica subsidiaria, la concerniente a responsabilidad extracontractual.

En cuanto a la primera, estima que el hecho fundamental de la demanda consiste en la propiedad que el actor dice tener "sobre el camión vendido por la entidad demandada a Manuel Garzón", y que por considerar indeseable la restitución, pretende que el enajenante le pague su valor. Y por lo que respecta a la subsidiaria, encuentra el sentenciador que la invocada responsabilidad extracontractual estriba en la enajenación dolosa del camión, que el actor le atribuye a la firma demandada.

Sobre las condiciones de la acción de dominio, expresa:

"Conforme al documento de 27 de septiembre de 1955 que fue expresamente reconocido por los contratantes (fs. 3 a 5 C. 1), el aquí demandante Gutiérrez Rave compró a Eduardo Madriñán, entre otros vehículos, el camión Internacional, modelo 1955, distinguido con dos números de motor RD- 373-H5- 28535, que es precisamente el que generó este pleito, habiéndose estipulado allí en forma expresa el **pactum reservati dominii**, el que, a términos del artículo 1º de la Ley 45 de 1930 y por versar sobre bien mueble, tiene plena validez, y por consiguiente el comprador no adquiría el dominio sino hasta el pago total del precio. Lo que significa que dicho documento, por sí solo, es ineficaz para acreditar la propiedad alegada por el demandante mientras éste no demuestre que la condición que suspendía el nacimiento del derecho, vale decir el pago total del precio se había cumplido.

"Sin que pueda afirmarse inequívocamente que la prueba del cumplimiento de la citada condición se encuentra en las copias del escrito de desistimiento de la acción ordinaria promovida por el vendedor contra el comprador, y en la decisión judicial que lo aceptó, oportuna y legalmente allegadas a este proceso, pues que en ellas sólo se habla de desistimiento por 'arreglo amigable' sin contener nada, absolutamente nada, acerca de las bases del acuerdo y por lo mismo no se sabe si se alteraron los términos del contrato inicial, si el comprador pagó el saldo del precio, y, en fin, si los efectos del expresado pacto de reserva del dominio habían desaparecido".

El Tribunal examina algunos hechos que considera indicadores de la supervivencia del pacto reservatorio del dominio con posterioridad al arreglo que puso fin al pleito. Y para terminar el estudio de la súplica principal, dice:

"Faltando, pues, el primero de los requisitos de la acción traslaticia del dominio, como la doctrina llama esta especial forma de reivindicación, la petición principal no puede prosperar".

Cuanto a la súplica subsidiaria, no le da acogida por falta de prueba de la culpa como elemento de la responsabilidad extracontractual invocada.

La acusación

Para precisar el contenido de la extensa demanda de casación, conviene resumirla.

Fórmula tres reparos por la causal 1ª, a saber:

I. Error de derecho en la apreciación de pruebas que enumera, por cuanto el Tribunal no encontró demostrado el dominio del actor sobre el vehículo de que el juicio tra-

ta. De donde deduce violación de los artículos 63, 66, 955, 1494, 1521, 1604, 1625, 1687, 1689, 1768, 1690, 1699, 2459, 2483, 2341 a 2380 del Código Civil, y artículo 84 de la Resolución 181 de 1954, reglamentaria del Decreto 826 de 1954.

Relaciona una serie de pruebas, relata los antecedentes del pleito, y como si se tratara de instancia, alega con el propósito de sostener que el desistimiento por arreglo amigable del pleito adelantado por Reyes Madriñán contra Gutiérrez Rave produjo **ipso iure** "una novación de contrato que dejó sin valor el pacto de reserva de dominio"; que la propiedad sobre el camión no es de Leonidas Lara e Hijos Ltda., sino de Jaime Gutiérrez Rave, por estar inscrita así en la Dirección de Circulación y Tránsito de Medellín, y reconocerla también la misma firma Lara e Hijos.

Hace comentarios sobre la factura según la cual Reyes Madriñán traspasara a Lara e Hijos Ltda., el camión de que se trata; estima que si hubo venta recayó sobre objeto ilícito por virtud del embargo judicial entonces existente; como en su sentir hubo también objeto ilícito en la enajenación que del referido vehículo hizo Leonidas Lara e Hijos Ltda., a Manuel Garzón y otros.

Regresa a las disposiciones sustantivas que considera violadas, pero no se cuida de citar las de orden probatorio que el Tribunal infringiera por el invocado error de derecho.

II. Vuelve a considerar violadas, ahora por error de hecho, casi todas las normas a que alude el reparo anterior, con agregación de los artículos 1937, 2273 y 2483 del Código Civil.

Toma las que considera ser confesiones del procurador de la parte demandada, para deducir que por estar embargado el camión no pudo traspasarse a Leonidas Lara e Hijos, ni por Reyes Madriñán, ni por Gutiérrez Rave, y que el desistimiento del juicio atrás aludido entre los mismos, es posterior en más de un año a los tales traspasos en favor de Lara e Hijos Ltda.

Se refiere a constancias tomadas del juicio ejecutivo seguido ante el Juez 2º Civil del Circuito de Medellín por Antonio Escobar contra Jaime Gutiérrez Rave, con el ánimo de demostrar que la firma de Lara e Hijos Ltda., no probó entonces la propiedad sobre el camión, sino que el secuestro se levantó porque Manuel Garzón tenía el carácter de poseedor del vehículo. Cita declaraciones de Octavio Vélez Garcés, Aníbal Vélez y Mario Vásquez como suficientes para ecreditar la propiedad de Gutiérrez Rave sobre el camión y su producido mensual. Además de aludir a varias copias para deducir error de conducta por culpa y dolo imputables a Leonidas Lara e Hijos, en los episodios sobre que versa el litigio, y por ello en la venta hecha a Manuel Garzón, a sabiendas de que el vehículo estaba embargado y de que pertenecía a Gutiérrez Rave.

III. El último reparo consiste en violación directa por aplicación indebida de los artículos 1º de la Ley 45 de 1930 y 632 del Código Judicial, y por falta de aplicación de los artículos 63, 66, 955, 1494, 1521, 1604, 1625, 1687, 1689, 1699, 2469, 2483, 2273 y 2341 del Código Civil, "y el Decreto 826 de 1954 en concordancia con el artículo 84 de su Resolución reglamentaria número 181 de 1954 en materia de transportes y automotores".

El propio recurrente concreta el contenido del reparo así:

"En resumen, puede alegarse que el pacto de reserva de dominio que sirve de batalla al Tribunal para desconocer la demostración de propiedad del vehículo en cabeza de Jaime Gutiérrez, quedó sin valor, y se consolidó esa propiedad en el comprador Gutiérrez, en virtud del 'arreglo amigable' que originó la petición de desistimiento del juicio ordinario de Reyes Madriñán contra Gutiérrez ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín, y por el auto que lo admitió y decretó el desembargo del camión y el levantamiento del secuestro, en julio de 1957, bien sea por el medio genérico del artículo 1625 del Código Civil, o por novación de contrato o por transacción. Por lo tanto la demanda debe prosperar".

Y por cuanto hace a la súplica subsidiaria:

"Estando probados todos los elementos estructurales de la acción de responsabili-

dad extracontractual, las peticiones subsidiariamente formuladas en la demanda deben prosperar, porque queda también probada la culpa en la enajenación del automotor cuando éste se encontraba secuestrado, y está probado también el daño y el vínculo de causalidad que liga los tres elementos dichos".

El libelo de casación fue replicado en oportunidad.

Se considera

1. El "arreglo amigable" para poner fin al juicio que adelantaba Eduardo Reyes Madriñán en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín contra Jaime Gutiérrez Rave, explica el desistimiento por voluntad recíproca de los litigantes, pero no que el contrato fundamental de compraventa entre los mismos y, de manera concreta, el pacto por el cual se reservó el vendedor Reyes Madriñán la propiedad del camión hasta el pago integral del precio, quedará sin efecto en mérito del desistimiento del pleito, desde luego que la renuncia de tal prerrogativa exigiría que apareciera de modo inequívoco como estipulación del convenio ajustado entre las partes.

Ante el silencio de los autos al respecto, apenas cabría colegir, según lo que comúnmente acontece, que se le dieran al deudor facilidades nuevas para el pago, pero no que el precio fuese cubierto, o que el acreedor abandonara las seguridades existentes en respaldo de su derecho.

La transacción a que las partes llegaran, produjo efecto extintivo del pleito, conforme a las pruebas que obran en el expediente. Pero no se ha demostrado que el precio se pagara, para suprimir así los efectos del pacto que reservó el dominio para el vendedor.

2. Aunque el ánimo de novar puede ser expreso o tácito, es necesario sin embargo que "aparezca indudablemente" que la intención de las partes ha sido novar, porque la nueva obligación envuelva la extinción de la antigua. (C. C. 1693).

Esto significa a todas luces que si la voluntad novatoria no ha sido expresa, al sentenciador le corresponde la estimación conducente a saber si en realidad se ha pactado una nueva obligación que sustituya y extinga la anterior. De suerte que en el recurso extraordinario no hay lugar a censura próspera contra el fallo que no otorgó poder extintivo de la obligación preexistente al arreglo por el cual se suspende el juicio que persigue el cumplimiento del contrato, sino cuando la voluntad de novar está expresada por las partes, o cuando el Tribunal incurre en arbitrariedad manifiesta en la descalificación del ánimo novatorio que "aparezca indudablemente" probado en el debate judicial.

3. Nada de esto se ha demostrado ante la Corte. El recurrente alega que el pacto reservatorio del dominio para el vendedor del camión, se extinguió ipso iure a consecuencia del convenio por el cual se produjo el desistimiento del citado juicio de Reyes Madriñán contra Gutiérrez Rave ante el Juez 3º del Circuito de Medellín. Pero esta opinión, sin arraigo notorio en probanzas que demostraran de manera indudable la intención de novar, o en el vendedor la voluntad de prescindir de la reserva del dominio existente en su provecho, no induce arbitrariedad, y es incapaz de prevalecer ante la Corte frente a la convicción a que llegó el sentenciador en el sentido de que la titularidad sobre el camión no ingresó en derecho sustancial dentro del patrimonio del comprador, a causa de su incumplimiento y por virtud del pacto que reservó para el vendedor la propiedad hasta el pago total del precio.

Tanto más cuanto que las normas de derecho sustancial no se entienden alteradas, ni menos aún sustituídas por las provisiones administrativas o de policía que organizan la circulación y tránsito de vehículos por las vías públicas. Estas regulaciones no son en realidad subordinantes sino subordinadas de las normas sustanciales dentro del orden jurídico.

Y aún en el campo administrativo de circulación y tránsito, se observaría que las tarjetas expedidas en Medellín, con registro de Gutiérrez Rave en calidad de propietario, no serían limpias al respecto, desde luego que allí consta por lo menos la pretensión de pacto de reserva del dominio a favor de Leonidas Lara e Hijos.

4. Del proceso se infiere el papel de corresponsal o concesionario de Leonidas Lara e

Hijos para la venta de automotores que Eduardo Reyes Madriñán tenía en Palmira a tiempo del negocio con Jaime Gutiérrez Rave. Y es obvio que las relaciones recíprocas entre las dos firmas comerciales —de Lara y de Reyes Madriñán— y las facturas o comprobantes para el movimiento de sus cuentas, aunque permiten confirmar la existencia de aquella corresponsalía, son ajenas por demás a la continencia del presente pleito. Quedan por fuera, entonces, las alegaciones referentes a su recíproco movimiento de cuentas.

5. No probado el dominio del actor, hace quiebra la pretensión de naturaleza reivindicatoria. Y en nada podría convalecer con los argumentos referentes a que el camión no pertenezca a los demandados Lara e hijos. Aunque así fuera, ello de ningún modo probaría el cumplimiento del comprador Gutiérrez Rave de su deber jurídico de pagar el precio, como condición estipulada expresamente para que cesara en sus efectos el pacto de reserva de dominio para el vendedor Reyes Madriñán. O sea, que el actor no está legitimado en causa para la pretensión principal.

6. Y si, como queda visto, el proceso no arroja la prueba de que el dominio del camión radique en el patrimonio de Gutiérrez Rave, ningún perjuicio puede pretender que se le haya inferido por Leonidas Lara e hijos o por persona alguna con respecto a un bien que no le pertenece.

Con lo que la súplica subsidiaria por responsabilidad extracontractual penetra en el vacío.

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, NO CASA la sentencia de fecha 25 de abril de 1964 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente juicio de Jaime Gutiérrez Rave contra Leonidas Lara e hijos.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

DICTAMEN PERICIAL

Fundamentación. — No es la igualdad numérica la determinante del valor probatorio de este medio de convicción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, dieciséis de julio de mil novecientos sesenta y cinco.
(Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco).

1º Carmen Jiménez vda. de Zambrano y Jaime Zambrano Jiménez, "quienes comparecen en calidad de cónyuge supérstite y de hijo legítimo respectivamente de Cipriano Zambrano Camacho y para la sucesión de éste y su sociedad conyugal disuelta pero ilíquida", demandaron por la vía ordinaria a Jesús María Jiménez Espitia para que se declare:

a) Simulado y "que carece de todo valor legal y eficacia jurídica" el contrato contenido en la escritura pública número 1650 bis de 20 de diciembre de 1959, celebrado entre Cipriano Zambrano Camacho y el demandado Jesús María Jiménez, según el cual se dijo vender los inmuebles allí descritos y un bus marca Fargo, modelo 1953, con placa número E-54025 de Colombia y con motor número T-31666279;

b) Subsidiariamente que se declare la nulidad del contrato mencionado "por causa y objeto ilícitos y por cuanto se trata de una donación disfrazada de compraventa para defraudar los derechos de la cónyuge supérstite, de los hijos legítimos de Cipriano Zambrano y del Fisco Nacional, dejando sin bienes la sucesión del citado Zambrano";

c) Que si no se hacen las declaraciones anteriores, se declare resuelto el mencionado contrato por "falta de pago del precio o por falta total de éste. Esta súplica es subsidiaria de las dos anteriores";

d) En subsidio de las tres anteriores que se declare rescindido el contrato por lesión enorme "ya que descontado el valor del bus, el que queda para los inmuebles es notoriamente inferior a la mitad del verdadero valor comercial de los mismos...";

e) Que como consecuencia de cualquiera de las declaraciones anteriores, se ordene la restitución de los inmuebles y del vehículo a favor de la sociedad conyugal ilíquida representada por los demandantes;

f) Que la restitución sea de todos los bienes a que se refiere el contrato, como también de los frutos naturales y civiles percibidos o que se perciban desde la presentación de la demanda, hasta el día en que se verifique la restitución;

g) Que dicha entrega se haga dentro de los diez días contados a partir de la ejecutoria del fallo.

h) Que se ordene la cancelación de la escritura antes referida y la del registro de la misma y que se ordene el registro y protocolización de la sentencia que ponga fin al presente juicio;

i) Que se condene en costas al demandado en caso de oposición.

Los veintidós hechos de la demanda, pueden resumirse a lo siguiente:

Cipriano Zambrano Camacho y Carmen Jiménez Holguín contrajeron matrimonio católico el 4 de agosto de 1934 y de ese matrimonio nació Jaime Zambrano Jiménez. Cipriano Zambrano Camacho murió el 22 de diciembre de 1959 y el día 20 del mismo mes y año, en el Hospital de Tunja, en las horas de la noche, otorgó la escritura 1650 bis, mediante la cual hizo venta de los inmuebles a que se refiere el hecho sexto de la demanda.

"La misma escritura reza que el precio de la venta es veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) que el comprador pagará can-

celando y haciéndose cargo de las deudas hipotecarias constituídas por el exponente a favor de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero Sucursal de Tunja y del Banco Popular de la misma ciudad por sumas de las que debe haber constancia en dichas entidades y además pagando por cuenta del exponente todas las deudas de carácter personal que el exponente tiene, muchas de las cuales se hallan garantizadas con la firma del comprador, todo hasta completar el monto de las deudas 'y en caso de que algo sobrare del valor de la venta, lo destina a atender la educación de su hijo Luis Eduardo Zambrano, quien cursa estudios de Medicina en la República Argentina. Y en estos términos, desde hoy declara pagado el precio de la venta a que se refiere esta escritura a su satisfacción".

2º La sentencia de primera instancia absolvió al demandado por falta de personería sustantiva de la parte demandante que, según dijo, "no es del todo satisfactoria". Y a esta conclusión llegó el fallo mencionado, fundado en la peregrina razón de que sin embargo de estar acreditados con las partidas respectivas el grado de parentesco y la vinculación conyugal entre el vendedor y los demandantes, "lo que no está demostrado es el interés jurídico de aquéllos en el sucesorio de Cipriano, vale decir, no aparece el reconocimiento judicial de la cónyuge y del hijo en el juicio de sucesión de aquél".

De la sentencia de primera instancia apeló la parte demandante.

3º Como en el primer grado del juicio no se practicó la prueba de peritación pedida en oportunidad, a solicitud de parte, el Tribunal, ordenó su cumplimiento en la segunda instancia. Actuaron como peritos los nombrados ante el Juzgado doctores Francisco Supelano Medina y Marco Polo Sandoval. El Tribunal designó como perito tercero al doctor Carlos Salamanca R., por no haberlo hecho los principales.

Al ponerse a conocimiento de las partes el concepto pericial, fue objetado por error grave, con fundamento en que han "errado los señores peritos tanto en la apreciación de la medida, la clasificación de las tierras y la de determinación de circunstancias propias de un avalúo técnico, como en la forma de hacerlo".

Se tramitó el incidente (C. Nº 6) y se quedó sin la decisión que ordena el artículo 720 del C. Judicial.

Pero, en auto para mejor proveer, el Tribunal, ordenó que el perito Sandoval aclarara si en su dictamen "quedó comprendido el inmueble denominado 'El Lambedero' de ubicación y linderos determinados en la demanda; y decir concretamente si todos los bienes enunciados en ésta fueron avaluados y determinados expresando por separado su criterio".

Al perito Supelano Medina se le hizo aclarar "si los inmuebles denominados 'El Lambedero' y 'Santa Teresita' quedaron comprendidos en el avalúo y si todos los bienes sometidos a dictamen fueron identificados y avaluados".

4º El Tribunal revocó la sentencia de primer grado y, porque encontró demostrada la lesión enorme, declaró la rescisión del contrato. Tuvo como fundamento para su decisión el dictamen pericial. Sobre éste, dice:

"Como se observa de la lectura de la escritura otorgada por Cipriano Zambrano a favor de Jesús M. Jiménez, ésta contiene la venta de varios bienes, pero, en el fondo, es una sola venta. Tan cierto es esto que el precio estipulado es uno solo: la cantidad de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00). Este precio se halla determinado en el mismo instrumento. El comprador se comprometió a pagar las deudas que por entonces tenía contraídas el vendedor; pero este pago se entiende que tenía un límite: veinticinco mil pesos; por eso, en la cláusula que se estipuló el precio se lee lo siguiente: '...'y que caso de que algo sobrare del valor de la venta lo destina a atender la educación de su hijo Luis Eduardo Zambrano, quien cursa estudios de medicina en la República Argentina'...".

"Es importante esta observación porque el apoderado de la parte demandada alega que su poderdante ha pagado más de $ 25.000.00 de deudas dejadas por Cipriano Zambrano; y, en verdad, los comprobantes aducidos dentro del término de prueba y con la presentación de la demanda acreditan que el pago de deudas sobrepasa a dicha cantidad lo cual —como ya se advirtió— no implica que el precio de los bienes

vendidos sea distinto al de veinticinco mil pesos. Esto quiere decir apenas que los pagos hechos hasta esta cantidad responden al precio convenido; el exceso constituye apenas al pagador en subrogatorio, con derecho a pedir de la sucesión el pago de la cuantía pagada por la elemental razón de que no debe haber enriquecimiento torticero.

"Ahora bien: si el precio que aparece en este contrato es de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) y éste es inferior al justo precio de la cosa vendida, se entiende claramente que hubo lesión enorme.

"El dictamen de los tres peritos aparece motivado, explicado y razonado. De él se corrió traslado a las partes y éstas no lo objetaron dentro del término que la ley señala. No estuvieron de acuerdo los tres peritos en el valor señalado a los bienes; pero como se trata de un avalúo, debe tomarse el medio aritmético, de acuerdo con la disposición contenida en el artículo 721 del C. J.

"Uno de los peritos principales justipreció los bienes por cuarenta y tres mil quinientos pesos ($ 43.500.00); el otro por cincuenta y cinco mil quinientos pesos ($ 55.500.00) y el tercero por cincuenta y ocho mil pesos ($ 58.000.00). Esto suma ciento cincuenta y siete mil pesos ($ 157.000.00). El medio aritmético o sea el justo precio sería de cincuenta y dos mil trescientos treinta y tres con treinta y tres ($ ($ 52.333.333. Al comparar la cantidad recibida con el justo precio de los bienes vendidos se deduce fácilmente que el vendedor sufrió lesión enorme".

De la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandada.

5º La demanda de casación.

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J. se acusa la sentencia por aplicación indebida del artículo 1947 del C. Civil. "La indebida aplicación se debió a error de derecho en la apreciación del dictamen de los peritos. El error consistió en darle valor de plena prueba a dichos dictámenes, a pesar de no cumplir ellos los requisitos de ser uniformes y estar debidamente fundamentados, requisitos que exige el artículo 721 del C. J., en cuanto a la uniformidad, no me refiero al avalúo propiamente dicho, sino a los factores determinantes señalados por los peritos".

Enunciado en esta forma el reparo, continúa el recurrente:

"Basta la lectura atenta de cada dictamen para concluir que merece el cargo que les formulo a todos.

"Presento primero lo relativo a la extensión de las fincas: El perito Sandoval dice (Fl. 5 Cuad. 5) "... Con el doctor Supelano... por referencias inspeccionamos unos terrenos que con esfuerzo logramos más o menos determinar". De la extensión de Buenavista y Santa Teresita, nada dice. En cuanto a La Esperanza expresa que tendrá más o menos diez fanegadas. Al Pedregal tampoco le calcula extensión.

"El perito Supelano (Fl. 7 Cuad. 5) dice que la finca Buenavista tiene aproximadamente una extensión de cuarenta fanegadas y que El Pedregal y La Esperanza tiene cada una extensión aproximada de diez fanegadas.

"El perito Salamanca subsidivide a Buenavista en tres lotes, a uno le da una extensión aproximada de veinte fanegadas y a cada uno de los otros, una extensión aproximada de diez fanegadas.

"Como se ve ninguno de los peritos midió los inmuebles y todos hablaron de extensión aproximada. ¿Puede aceptarse para un avalúo en juicio por lesión enorme semejante incertidumbre? ¿Acaso fanegada de más o de menos, no influye definitivamente en el precio, base única de la acción? Aquí cabe recordar que el artículo 723 del C. J. dispone que para apreciar el dictamen debe tenerse en cuenta "la mayor o menor precisión o certidumbre" de los conceptos y conclusiones.

"En cuanto a la calidad de las fincas, base esencial del avalúo, la falta de uniformidad y por consiguiente de fundamentación es notoria:

"Los precios dados por los peritos fueron diferentes, por eso se hizo el promedio; pero de lo que sí no puede hacerse tal cosa es de la calidad. Y cada perito señaló diferente calidad a las fincas.

"El perito Sandoval no clasifica la calidad de Buenavista, el perito Supelano dice que es de segunda y tercera y el perito Salamanca, que de primera, segunda y tercera.

"El perito Sandoval dice que La Esperanza no es de primera, ni de segunda; el perito Supelano que de primera y segunda y el perito Salamanca que de primera, segunda y tercera.

"En cuanto al Pedregal el perito Sandoval dice que de cuarta; el perito Supelano, que de segunda y tercera, y el perito Salamanca, que de tercera y cuarta".

Concluye la demanda solicitando "benignidad de la Corte y que aceptara que el error de hecho fue el alegado".

6º La Corte considera:

La disparidad de criterios de los peritos en la apreciación de la calidad de las tierras no significa falta de fundamentación. Ni esa disparidad "respecto a los factores determinantes señalados por los peritos", les resta valor probatorio a los conceptos periciales. La ley prevé el desacuerdo cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica e indica cómo ha de proceder el juez. No es la igualdad numérica la determinante del valor probatorio de esta clase de prueba. Si es uniforme y no es explicado y debidamente fundamentado, carece de valor probatorio el concepto pericial. Si esta prueba aparece explicada y debidamente fundamentada en los términos de la ley, adquiere el valor de plena. Pero le corresponde al juzgador calificar si el dictamen está debidamente fundamentado, aspecto éste que en definitiva pertenece al fuero de su autonomía; porque la apreciación del mayor o menor grado de fe que merezca un dictamen pericial, es cuestión que la ley deja a la discreción del fallador, según se desprende del artículo 721 del C. Judicial, sin que la Corte pueda rechazar la discrecional estimación del fallador para sustituirla por la suya propia, lo que sólo podría hacer "si de las mismas consideraciones en que los peritos fundan su dictamen o de otras pruebas del proceso resulte de manera evidente, manifiesta e indubitable, que la verdad es lo contrario de lo que los peritos determinaron". (T. LXXVIII. 953).

Y no es ésta la posibilidad que el litigio ofrece. Por una parte, el Tribunal encontró explicado y debidamente fundamentado el dictamen pericial, y, por otra, el diferente precio dado por los peritos a los predios, dependió de la distinta clasificación que hicieron de la calidad de las tierras, en lo cual también tuvieron en cuenta el avalúo catastral.

Por el aspecto de la cabida de los inmuebles a que el recurrente se refiere, muy clara aparece la cuestión en la ampliación del dictamen pericial ordenada por el Tribunal en auto para mejor proveer.

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 Tunja, de fecha cinco (5) de noviembre de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida en el juicio ordinario seguido por Carmen Jiménez v. de Zambrano y otro contra Jesús M. Jiménez Espitia, sobre lesión enorme.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

TESTAMENTO ABIERTO

Su formalidad esencial. — Medio nuevo. — No es de recibo en casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, julio diez y seis de mil novecientos sesenta y cinco.
(Magistrado Ponente: Doctor Arturo C. Posada).

Gabriel Roldán Jaramillo demandó en el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Osos a José y Francisco Isaza Fonnegra, Tobías Roldán Jaramillo, Irene Roldán y Jairo Carvajal M. "en su calidad de herederos de Dionisio Roldán Jaramillo, y además el segundo en su carácter de albacea", para que en juicio ordinario, se hicieran estas declaraciones:

"Primero. Que es nulo absolutamente nulo el testamento nuncupativo otorgado ante cinco testigos por el señor Dionisio Roldán Jaramillo el 21 de septiembre de 1955 en el paraje de Tenche del Municipio de Carolina.

"Segundo. Que en consecuencia se declare que el señor Dionisio Jaramillo murió intestado, y que, por consiguiente, en la partición de los bienes herenciales deben seguirse las reglas de sucesión intestada.

"Tercero. Como segunda se declare que el señor Francisco Isaza Fonnegra carece de derecho para representar en la sucesión del señor Roldán J. por sí o por apoderado, ora como albacea ora como heredero".

Los hechos, causa de la demanda, son:

1º Dionisio Roldán Jaramillo, hermano legítimo del actor, otorgó testamento ante cinco testigos, en el sitio de Tenche, jurisdicción del Municipio de Carolina, el 21 de septiembre de 1955, en el cual distribuyó sus bienes entre José y Francisco Isaza Fonnegra, Tobías Roldán Jaramillo, Irene Roldán y Jairo Carvajal, y designó a Francisco Isaza como albacea.

2º En el mismo Juzgado y en ejecución de dicho testamento, se viene adelantando el juicio de sucesión de Roldán Jaramillo.

3º El acto testamentario fue protocolizado en la Notaría del Circuito de Santa Rosa de Osos mediante escritura 143 de 21 de abril de 1960, después de haber sido declarado nuncupativo por el Juzgado Civil del mismo circuito en auto de 31 de marzo del mismo año.

"4º Al otorgarse el referido acto, fueron violadas claras disposiciones de la ley que hacen inválido aquel testamento...

"5º El señor Dionisio Roldán Jaramillo no hizo sabedores a los testigos que firmaron el testamento de sus disposiciones testamentarias y de allí arranca una de las nulidades de que adolece aquel acto toda vez que se violó el inciso 3º del artículo 1064 en relación con el 1072 del C. Civil. Se violó además el artículo 1074 del mismo Código como lo comprobaré oportunamente".

El actor acompañó a la demanda copia del testamento, de las diligencias de publicación del mismo y de la escritura 43 de 21 de abril de 1960, por la cual se protocolizaron dichos documentos.

Jairo Carvajal contestó la demanda negando todos los hechos.

Tobías Roldán Jaramillo e Irene Roldán Muñoz manifestaron no sólo no oponerse a las súplicas del libelo sino que las coadyuvan.

Francisco y José Isaza Fonnegra negaron los hechos fundamentales y se opusieron a que se concedan las declaraciones solicitadas.

El Juzgado dio término a la primera instancia en sentencia de 8 de marzo de 1961, por la cual negó las peticiones de la de-

manda. El Tribunal en el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandada, confirmó lo resuelto por el Juzgado en fallo que lleva fecha 20 de octubre del mismo año, y condenó en costas a la parte recurrente.

Motivación del fallo del Tribunal

Advierte, el fallador, en primer término, que la falta del acta que acredite en el actor la calidad de hermano legítimo del causante, en que se fundó el Juzgado para su decisión de fondo, fue subsanada en la segunda instancia con la presentación del documento correspondiente.

Luego estudia, al tenor de lo preceptuado por los artículos 1055, 1063 y 1071 del Código Civil, las circunstancias en que puede otorgarse testamento solemne nuncupativo ante cinco testigos, esto es, "en los lugares en que no hubiere Notario o en que faltare este funcionario". En el particular, encuentra demostrado en el proceso que no fue posible otorgar testamento ante el Notario del domicilio del causante "porque hallándose éste enfermo de cuidado, cuando se dispuso a testar se encontraba acéfala la Notaría por haber fallecido el Notario y no haber sido designada la persona que debía suplirlo en el cargo".

Respecto del hecho fundamental de la demanda, radicado en que "Dionisio Roldán Jaramillo no hizo sabedores a los testigos que firmaron el testamento de sus disposiciones testamentarias", luego de copiar y comentar los artículos 1064, 1072 y 1074 del Código Civil, concluye: "El testamento por consiguiente puede haberse escrito en uno o más actos, sin que los testigos hayan tenido que presenciar la manera como se iba elaborando o redactando. La presencia del Notario o la de los cinco testigos cuando éste no concurra, solo es indispensable cuando se cumple la lectura de las disposiciones testamentarias".

Examina la declaración que dieron los cinco testigos instrumentales, e infiere:

1º Que Dionisio Jaramillo otorgó testamento nuncupativo o público ante cinco testigos el 21 de septiembre de 1955, en la finca de Tenche de la jurisdicción municipal de Carolina.

2º Que los testigos instrumentales Julio C. Bernal, Darío Arango, Jesús Salvador Arbeláez, Marco A. Casas, Cenón Sierra S., estuvieron presentes en el aposento de Roldán Jaramillo en el momento en que se dio lectura al testamento.

3º Que todo el acto del otorgamiento fue presenciado por el testador y por unos mismos testigos.

4º Que el testamento fue escrito por el doctor Cenón Sierra, y leído por el mismo al testador y a los testigos, designado por el otorgante para este efecto.

Deduce de las anteriores consideraciones que son infundados los cargos formulados en la demanda, puesto que la memoria testamentaria **sub-judice** fue otorgada con observancia de las disposiciones legales que el demandante estima se desconocieron.

Contra la decisión del Tribunal Superior, interpuso recurso de casación la parte desfavorecida, el cual sustenta en demanda que contiene dos cargos: uno, porque la sentencia violó indirectamente la ley sustantiva por falta de apreciación de la prueba testimonial, y el segundo, por "violación de la ley por interpretación errónea".

I

La primera censura la funda así:

Al sostener la sentencia acusada que el testamento se otorgó con estricta observancia de todas las disposiciones legales, incidió en error de hecho, puesto que no valoró las exposiciones de los testigos Julio C. Bernal, Darío Arango, Salvador Arbeláez y Marco A. Casas, quienes aseveran su calidad de dependientes de los demandados Isaza Fonnegra al momento de realizarse el acto testamentario. Con este error quebrantó indirectamente los artículos 696 y 697 del C. Judicial y 1068, numerales 14 y 17, 1071, 1040, 1741 del Código Civil y 11 de la Ley 95 de 1890.

Se refiere a las declaraciones que rindieron los testigos citados, quienes, continúa el recurrente, "aseveraron que eran trabajadores de los demandados Isaza Fonnegra en la finca de éstos, al momento de cumplirse el acto testamentario objeto de la acción de nulidad en la época anterior y que continuaron siéndolo posteriormente".

El Tribunal no aludió siquiera a este hecho que acredita que cuatro de los testigos

instrumentales en el otorgamiento del testamento eran dependientes de los señores Isaza Fonnegra, beneficiados con el acto cuya nulidad se demanda.

No habiendo visto el fallador este hecho evidente en los autos, incurrió en error de hecho manifiesto, por cuya causa violó los preceptos citados, así: el artículo 1068, que prohibe ser testigo en el otorgamiento de un testamento solemne a los dependientes de los herederos y legatarios; 1071, que permite otorgar testamento ante cinco testigos "que reúnan las condiciones exigidas en este Código"; 11 de la Ley 95 de 1890 que consagra la nulidad del testamento abierto o cerrado, en que se omitieren las formalidades a que deben sujetarse según las normas legales; 1740, que establece la nulidad de todo acto a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto; y 1741, que califica de absoluta esta nulidad.

La Corte considera

El único hecho alegado en la demanda como causa de nulidad del testamento otorgado por Dionisio Roldán Jaramillo es el de no haber hecho éste sabedores a los testigos instrumentales de sus disposiciones testamentarias.

Con base en este hecho, se formó la relación jurídico-procesal entre las partes, y solo respecto de ella debía pronunciarse el sentenciador, como así lo hizo en la sentencia, objeto del recurso de casación.

Traer en éste como causal de infirmación del fallo el hecho de que cuatro de los cinco testigos ante los cuales declaró su última voluntad el causante Roldán Jaramillo, eran dependientes de dos de los beneficiados con el testamento, es invocar un medio nuevo que no es de recibo en casación. Ni el impedimento alegado origina una nulidad del acto testamentario que pueda declararse de oficio, porque del solo testamento no aparece manifiesta la dependencia de los cuatro testigos instrumentales en quienes se hace radicar el impedimento.

Lo expuesto es suficiente para ver que el cargo no tiene fundamento.

II

La segunda tacha de "violación directa de la ley por interpretación errónea" toca con el aparte de la sentencia en que afirma la legalidad del testamento por cuanto los testigos "'... estuvieron presentes en el aposento del señor Roldán Jaramillo en el momento que se dio lectura al documento contentivo de la voluntad testamentaria del testador... y fue presenciado en todas sus partes por el otorgante y los testigos...' ".

La violación, dice el acusador, recayó en los artículos 1059, 1060, 1064, 1071, 1072, 1074, 1740, y 1741 del Código Civil, y 11 de la Ley 95 de 1890.

Copia estas disposiciones, y deduce de ellas que es factor imprescindible para la validez del testamento abierto que el testador haga sabedores de sus disposiciones al Notario y a los testigos; que cuando falta el Notario, y cuando actúan solamente los testigos, "es menester en principio que el testador les haga saber por sí mismo el contenido de la voluntad suya, directamente y no por interpuesta persona, porque el testamento es acto personalísimo...", que la misión de los testigos, fuera de asegurar la independencia del testador, es la de juzgar con sus propios sentidos sobre la conformidad entre lo escrito y la voluntad verdadera del testador; que cuando el testador tenga ya escrita su memoria, o cuando el Notario se encarga de redactarla, no es necesario que el otorgante haga saber a todos y cada uno de los testigos de sus disposiciones, porque la intervención del depositario de la fe pública garantiza la autenticidad y veracidad de las disposiciones.

Situación diferente es la que se da, si el encargado de redactar el documento testamentario es un particular que luego actúa como testigo. En tal evento, es necesario que el testador haga saber a los testigos cuál es su voluntad antes de la lectura que se considera esencial para la validez del acto. De otra manera los demás testigos no tendrían manera de establecer la fidelidad de lo escrito con la voluntad expresa del testador. En la aprobación que éste dé al acto con la sola lectura de él, hay margen para que se ejerza presión sobre el otorgante, o que ocurra en el fondo lo que prohibe el artículo 1118 del Código Civil, y que se menoscabe el principio recogido en el artículo 1060, ibídem. de que el testamento es un acto personalísimo.

Está previsto en el artículo 1074, ibídem, que el testamento abierto puede haberse escrito previamente antes del otorgamiento ante Notario, pero esta autorización no se refiere al que se extiende ante cinco testigos, sin que antes el testador les haga conocer su voluntad, en razón de que esta especie de testamento es excepcional.

La sola lectura que haga un testigo al tiempo de firmar el testador y los otros testigos la memoria testamentaria, está lejos de cumplir la exigencia de que el testador haga sabedores a los testigos de sus últimas disposiciones, a fin de poder controlar las "deficiencias, impropiedad y errores en la lectura", ya que la aprobación del testador no descarta las variaciones, suplantaciones e imposiciones que se hagan a su querer. La presencia de los testigos obedece a que verifique la conformidad de lo leído con lo que el otorgante les ha dado a conocer.

Si el testador no ha escrito su memoria testamentaria sino que ha encomendado a otra persona para que la escriba, siguiendo sus instrucciones, es necesario que los testigos antes de su lectura conozcan la voluntad del testador, con mayor razón, si estos no han presenciado el encargo de la redacción a dicha persona.

La simple lectura que haga un testigo de lo que él escribió, pero que no conocieron antes el testador y los otros testigos, no entraña el cumplimiento de lo regulado por el artículo 1072 del C. Civil "cuyo alcance no desaparece por lo previsto en el artículo 1074 de la misma obra, el que es impropio tomar y aplicar de modo aislado, sin la necesaria relación con otros preceptos legales".

Copia una sentencia de la Corte en que estudia las formalidades esenciales del testamento abierto ante cinco testigos consignados en los artículos 1072, 1074 y 1075 del C. Civil, la unidad del acto y la nulidad por no cumplirse dichas solemnidades.

Vuelve el recurrente a sostener que el Tribunal interpretó erróneamente las normas citadas al formular el cargo, en cuanto consideró que la lectura del testamento por el testigo designado por el otorgante, la presencia de éste y de los testigos durante el acto y la firma de todos llenan las solemnidades propias de él y su legalidad, ya que todo lo que ha expuesto resulta que no se cumplió con la formalidad de que el testador hiciera previamente sabedores a los testigos de sus disposiciones testamentarias. La omisión de este requisito implica la falta de aplicación de los artículos 11 de la Ley 95 de 1890, 1740 y 1741 del C. Civil que consideran nulo el testamento a que falta cualquiera de los requisitos a que debe sujetarse.

La Corte considera

El artículo 1064 del Código Civil autoriza dos clases de testamento solemne, el abierto y el cerrado. El primero, que también denomina nuncupativo o público, dice este precepto "es aquél en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos y al Notario cuando éste concurre".

El testamento abierto solemne debe otorgarse ante el respectivo notario y tres testigos. (Art. 1070 ibídem).

Pero en los lugares donde no hubiere este funcionario, o en que faltare, el artículo 1071 autoriza otorgarlo ante cinco testigos que reúnan las cualidades exigidas por el Código.

El artículo 1072, ibídem, en armonía con el 1064, que define el testamento abierto, nuncupativo o público, dice que lo constituye esencialmente "el acto en que el testador hace sabedores de sus disposiciones al Notario, si lo hubiere, y a los testigos".

Y el artículo 1074, en desarrollo o cumplimiento de lo preceptuado por el 1072, contempla dos casos: cuando el testamento se haya escrito previamente, y cuando se escriba en presencia del Notario y los testigos; y dispone que en uno y otro caso será leído en alta voz por el Notario, cuando éste lo autoriza, o, a falta de dicho funcionario, por uno de los testigos designados por el testador. **En una palabra, el testamento público, cuando se escribe en presencia del Notario y de los testigos o de éstos solamente, porque el testador va dictando sus disposiciones, o cuando lo ha escrito previamente, o lo ha hecho extender por otra persona, la solemnidad la constituye que el Notario o el testigo designado por el otorgante lean el documento que contiene su última voluntad.**

La ley ha consagrado estas dos maneras de extender el testamento abierto en aten-

ción a las circunstancias en que pueda estar el otorgante: en una quizá no hubo tiempo para mandarlo escribir previamente, y entonces lo indicado es dictarlo el deponente al Notario o a otra persona, que bien puede ser un testigo, en presencia de los que deben intervenir en él; en otra hubo tiempo de hacerlo extender previamente por el Notario o por un testigo u otra persona. Lo que no puede negarse es que en el primer caso los testigos han sido hechos sabedores de sus disposiciones al dictarlas el testador y con la lectura del instrumento, y en el otro solamente con la lectura del mismo. Pero la solemnidad que le da ser al otorgamiento es la lectura y firma del testamento.

Lo que no puede sostenerse, porque ninguna de las disposiciones citadas lo exige, es que en los dos casos que contempla el artículo 1074, el otorgante deba informar a los testigos de sus disposiciones antes de la lectura del testamento, porque respecto del ya escrito lo único que ordena el artículo citado es que se dé lectura en alta voz por el Notario si lo hubiere, o por el testigo designado por el otorgante al efecto, y que mientras se lee, esté "el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesario oigan todo el tenor de sus disposiciones".

En definitiva y de acuerdo con el artículo 1072, la formalidad esencial del testamento abierto es la lectura que de él hacen el Notario o el testigo señalado por el otorgante en la forma que dispone el artículo 1074 citado.

Esta ha sido la doctrina de la Corte: Así en casación de 12 de mayo de 1932 dijo: "Para el conocimiento de la voluntad del testador, es, pues, requisito indispensable que durante la lectura del testamento, hecha en alta voz por el Notario o por uno de los testigos designados al efecto por el testador, estén presentes los testigos instrumentales en el mismo sitio en que el acto ocurre; pero para la redacción del testamento mismo no es necesaria toda vez que de acuerdo con el inciso primero del artículo 1074 del Código Civil, el testamento abierto podrá haberse escrito previamente". (T-XL-58).

De lo expuesto se deduce que el Tribunal no incurrió en interpretación errónea de las normas que regulan el otorgamiento del testamento nuncupativo ante cinco testigos, en cuanto encontró que Dionisio Roldán Jaramillo, por falta del Notario, otorgó testamento ante cinco testigos que estuvieron presentes durante el tiempo que se dio lectura al documento que contiene su última voluntad; que fue presenciado por el testador y unos mismos testigos; que fue escrito por el testigo Cenón Sierra y leído por éste mismo a virtud de designación que le hizo el otorgante. En suma "que fue otorgado mediante la observación de todas las disposiciones legales estatuídas para el efecto", y que el cargo no puede prosperar.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en mérito de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinte de octubre de mil novecientos sesenta y uno, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Gabriel Roldán Jaramillo contra José y Francisco Isaza Fonnegra, Tobías Roldán Jaramillo, Irene Roldán y Jairo Carvajal M.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PERTENENCIA

Carácter de esta acción, finalidad y elementos que la constituyen. — Requisitos de la prescripción adquisitiva extraordinaria. — Dominio. — La ocupación indefinida y gratuita de un inmueble no es acto de mera tolerancia.

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

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

Ante el Juez Civil del Circuito de Pamplona solicitó la señora Mercedes Villamizar de Carrasco que, previos los trámites señalados por los artículos 7º y siguientes de la Ley 120 de 1928, con citación y audiencia del Agente del Ministerio Público y con emplazamiento de quienes se creyeran con derecho, se declarara que ella había adquirido por prescripción extraordinaria el dominio de un solar con casa de habitación de dos pisos, ubicado en el perímetro urbano de la misma ciudad de Pamplona, en la esquina de la carrera quinta con calle quinta, y alindado como se expresa en la demanda.

Como hechos fundamentales de su libelo expresó la señora Villamizar que desde el año de 1937 viene poseyendo materialmente, con ánimo de dueña, el inmueble mencionado; que esa posesión la ejercía en forma pública, tranquila y continua y sin reconocer dominio ajeno sobre el mismo bien; que tal posesión consistía en habitar ella el inmueble con su familia, en haberle hecho mejoras y reparaciones de diversas clases y dado en arrendamiento unos locales y parte del solar; que estos actos los había realizado por iniciativa y en nombre propios, y que durante el tiempo transcurrido desde el año citado ninguna persona se había presentado a alegar derecho alguno sobre ese bien ni a reclamar contra la posesión de la demandante, de manera que "si antes hubo algún dueño, dejó de ejercer su derecho, lo abandonó y lo dejó extinguir por prescripción".

Admitida la demanda, se dispuso correrla en traslado al señor Agente del Ministerio Público y practicar los emplazamientos de rigor. El aludido Agente del Ministerio Público descorrió el traslado diciendo que no formulaba oposición por cuanto el inmueble no figura como de propiedad del Municipio de Pamplona.

Durante el término de los emplazamientos se presentó el señor Carlos Rafael Villamizar a formular demanda de oposición contra las pretensiones de la señora Villamizar de Carrasco. El fundamento primordiál de esta demanda radica en que, según el opositor, la señora Villamizar no ocupa el inmueble a título de dueña, sino en calidad de tenedora y a nombre de la sucesión ilíquida del señor Luis Villamizar. Agrega el opositor que la señora nombrada no solo no ha ejecutado sobre el inmueble actos posesorios, sino que siempre reconoció dominio ajeno, que no puede mudar su tenencia en posesión y que no es exacto que haya poseído ese bien por el término que ella alega para ganar el dominio por prescripción.

La señora Villamizar de Carrasco respondió la demanda de oposición negando todos los hechos expuestos en ella, impugnando la acción del opositor por carecer éste de derecho sobre el inmueble y reiterando ser ella la verdadera y genuina poseedora del inmueble por un lapso de tiempo superior

al requerido para adquirir su dominio por usucapión.

El primer grado del juicio concluyó con la sentencia de 25 de enero de 1961, en la cual se dispuso:

"Primero.- No admitir la oposición formulada por el señor Carlos Rafael Villamizar, por intermedio de su apoderado doctor Timoleón García Gómez, por no haber acreditado su interés jurídico.

"Segundo.- Declarar que la señora Mercedes Villamizar de Carrasco, mayor y vecina de Pamplona, es dueña absoluta, por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, del inmueble siguiente: Una casa de construcción antigua, de paredes, madera y teja, con el suelo de su comprensión y un solar adyacente, situada en esta ciudad, parte en la calle quinta (5ª), entre las carreras cuarta (4ª) y quinta (5ª), y parte en la carrera quinta (5ª), entre calles quinta (5ª) y sexta (6ª), de dos pisos o plantas en la calle quinta (5ª), a excepción del solar adyacente y de un solo piso, el superior, en la carrera quinta (5ª), distinguida con los números 4-62, 4-90, 4-92 y 4-98, por la calle quinta (5ª), demarcado todo el inmueble en general, así: 'Por el Norte, con la calle quinta (5ª); por el Oriente, con el parque principal denominado Parque Agueda Gallardo o Parque Bolívar; por el Sur, con propiedades que fueron del doctor Rafael Gutiérrez Montoya y son hoy de las señoritas Rosmira y Josefa Luna Rico; y por el Occidente, con propiedades de Hermán Manasse y de la señora Concepción Mora Vda. de Mora'.

"Tercero.- Ordenar la cancelación del registro de la demanda.

"Cuarto.- Inscribir la presente sentencia en el Libro Primero de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito, para que produzca los efectos señalados en el artículo 2534 del C. C.

"Quinto.- Condenar en costas al señor Carlos Rafael Villamizar V., en lo que respecta a la oposición formulada por él a las pretensiones del actor".

La sentencia impugnada

Surtido el segundo grado por apelación del opositor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona profirió la sentencia de 16 de mayo de 1961, por la cual se resolvió confirmar los ordinales primero, tercero y quinto del fallo apelado y "revocar dicha sentencia en los ordinales segundo y cuarto, negando en consecuencia a la señora Mercedes Villamizar de Carrasco la usucapión de la casa allí referida".

La motivación de la sentencia hace la reseña del negocio y estudia en seguida la legitimación en causa del opositor, hallando que éste no demostró tener derecho alguno sobre el inmueble a que se refiere la demanda de pertenencia y que por consiguiente no aparece legitimado y es jurídica la decisión de la sentencia de primer grado en que se declara infundada la oposición.

Advirtiendo que el hecho de declarar infundada la oposición no exonera del deber de analizar si aparecen cumplidos los requisitos de la usucapión, la sentencia formula varias reflexiones sobre la trascendencia económica y jurídica de este modo de adquirir el dominio, sobre su evolución histórica y sobre los elementos que la constituyen.

La sentencia aborda luego el examen de estos elementos y de las pruebas que se adujeron para comprobarlos. Observa a este respecto que "la ocupación de hecho, con animus domini, pacífica, notoria y contínua en veinte años, antes que considerarse usurpación, es, pues, el principio jurídico constitutivo de título adquisitivo de dominio", que tal es la regla general y que la excepción se halla constituida por los actos de mera facultad o tolerancia. Recuerda la índole de estos actos y dice que es necesario averiguar aquí si la ocupación de la casa por la solicitante de la declaración de pertenencia se debe o no a actos de esa clase por parte de sus antiguos dueños, porque "donde hay tolerancia no se puede alegar ninguna prescripción".

Recuerda el punto principalísimo de la ciudad donde se halla ubicada la casa cuya pertenencia se pretende y expresa que, según la historia, ese fue centro importante de los indígenas a la llegada de los españoles en 1549, que en esa casa se proclamó la independencia de la vasta provincia de Pamplona en 1810 y que la tradición coloca allí a la ilustre y numerosa familia de

los Villamizar. Anota que en la mortuoria de los cónyuges Francisco Villamizar Mendoza y Ana Vicenta Hernández, se adjudicó a sus siete herederos la séptima parte de dicho inmueble, en común con los sucesores del hermano fallecido, señor Luis Villamizar M., adjudicación que se aprobó por sentencia de 18 de mayo de 1933, según pruebas que figuran en el proceso. Y apunta asimismo que en la sucesión de Gonzalo Villamizar Hernández, hijo de aquellos cónyuges, se adjudicó a su consorte Tulia Villamizar la cuota parte que al extinto le correspondía en esa casa, según sentencia de seis de mayo de 1959. Todo lo cual demuestra que el inmueble en referencia pertenece a una comunidad, hecho que admitió la demandante de la pertenencia al invocar el artículo 1º de la Ley 51 de 1943 en la respuesta dada a la demanda de oposición y en otros alegatos. Además, la simple lectura de las adjudicaciones mencionadas indica que los linderos de los bienes adjudicados coinciden con los señalados en la demanda de pertenencia, en el croquis acompañado y en la inspección ocular que en este juicio se practicó.

La sentencia expresa también que la señora Villamizar de Carrasco confesó en posiciones que la casa figura en el catastro a nombre del difunto Luis Villamizar Mendoza, que la señorita Elisa Villamizar atendió al pago de unos impuestos hasta el día de su muerte y que los hermanos y parientes de la misma señora han aceptado que viva en esa casa, aunque ella les ha desconocido todo derecho sobre tal inmueble.

Cita los testimonios de Saúl Montañez, Luis A. Flórez y Olga Luna para decir que estos declarantes ofrecen plena credibilidad y que, según ellos, la señora Villamizar de Carrasco vivía en la casa hasta hace unos diez años con sus tíos, hermanos y otros parientes, y que esta circunstancia, unida a la confesión de la propia señora, comprueba que "su alojamiento en dicha casa sólo se puede explicar por acto de mera tolerancia o facultad de los verdaderos dueños. Y aun cuando éstos no se hayan hecho presentes en este juicio, estando evidenciado ese acto, cae por su base la afirmación de que ha mediado ocupación de hecho de esa casa por la solicitante de manera pública, tranquila y continua, con animus domini, pues este elemento puramente subjetivo hay que excluirlo ante el acto de tolerancia de los dueños y la aceptación del favor por la habitadora, durante su vida".

Anota la sentencia que, aunque los testigos presentados por la usucapiente afirman que ella ha ocupado la casa desde 1937, sucede que estos deponentes se limitan a contestar en forma literal el interrogatorio que se les formuló y que no exponen circunstancias que le produzcan al juzgador la certidumbre de que declaran la verdad. Además, sus dichos se hallan en contradicción con lo expuesto por los ya nombrados declarantes, Montañez, Flórez y Luna, quienes aseveran que hasta hace poco vivieron en la misma casa los tíos y hermanos de la propia señora Villamizar de Carrasco. De lo cual infiere el fallo esta conclusión: "Dado el acto de tolerancia o meramente facultativo de los dueños para la solicitante, la permanencia de ésta en dicha casa resulta pública, pacífica y continua, mas ésto ha sucedido por voluntad misma de los dueños y no como consecuencia de la ocupación de hecho de la solicitante".

Expresa finalmente la sentencia que la señora de Carrasco no ha demostrado ser comunera en la casa cuya pertenencia pretende y que por tanto no busca la declaración de esa pertenencia como tal comunera, sino como persona ajena a la comunidad, ejercitando actos de explotación económica con ánimo de dueña, pero que ya se ha puesto en evidencia que falta por completo este último elemento debido a que su permanencia en esa casa se debe a un simple acto de tolerancia de los dueños

La impugnación

La parte demandada recurrió en casación y ha formulado contra la sentencia del Tribunal cuatro cargos, uno por la causal sexta y tres por la primera. La Corte se contraerá a examinar y despachar uno de estos últimos motivos por estimarlo fundado, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 538 del C. Judicial.

El cargo a que se alude consiste en el quebranto indirecto de los artículos 2520, 762, 2518 y 2531 del C. Civil y 2º de la Ley 120 de 1928, el primero por aplicación in-

debida y los demás por falta de aplicación, a consecuencia de error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas.

En desarrollo de este motivo expone el recurso varios casos de error de hecho en que incurrió la sentencia. Apunta en primer término que ésta tuvo por comprobado que el inmueble a que se refiere la demanda de pertenencia corresponde a una comunidad y que la señora Villamizar admitió este hecho en sus posiciones y en unos alegatos, cuando lo que en realidad expresa esta señora es que ella tiene la calidad de poseedora y que niega a cualquiera otra persona derecho alguno sobre ese bien raíz".

En segundo lugar observa el recurso que la sentencia afirma que la misma señora Villamizar confesó que la casa figuraba a nombre de Luis Villamizar Mendoza, que la señorita Elisa Villamizar pagó los impuestos hasta la fecha de su muerte y que los parientes y hermanos de aquella señora le han permitido vivir en la casa. La circunstancia de admitir que el inmueble figuraba en el catastro a nombre de Luis Villamizar no constituye confesión, porque no es hecho personal de la supuesta confesante; sería apenas una mera noticia que ésta tenía y que no entraña de su parte reconocimiento de dominio ajeno. En cuanto a que Elisa Villamizar pagara unos impuestos cuya especie se ignora, resulta de un lado que ese pago no tiene el carácter de acto posesorio y de otra parte que no se sabe cuándo falleció dicha señora ni hasta cuándo cubrió ella esos tributos, de modo que esta otra noticia tampoco implica reconocimiento de dominio ajeno. Y acerca de que los parientes de la señora Villamizar le han permitido habitar la casa, ocurre que no hay prueba de quiénes son esos parientes ni de que lo fueran Luis y Elisa Villamizar Mendoza, de suerte que aquella manifestación no significa reconocimiento de dominio a favor de estos últimos ni de sus herederos ni da pie para considerar que dicha señora ocupa la casa por simple tolerancia de los señores citados. Por manera que estas manifestaciones no denotan ese reconocimiento de dominio ajeno, como lo aprecia el fallo acusado, ni destruyen la posesión que la señora Villamizar ejerce sobre el inmueble.

En tercer lugar expresa el recurso que la sentencia admite que los testigos Montañez, Flórez y Luna afirman que la señora Villamizar vivía en la casa hasta hace unos diez años, más o menos, con sus tíos, los herederos de Francisco Villamizar, sus hermanos y otros parientes, cuando esos declarantes no dicen tal cosa, sino otra distinta. En efecto, Montañez asevera que los Villamizar han ocupado siempre la casa desde hace más de treinta años, que cuando él fue agente de una empresa de buses tomó arrendado allí un local del piso bajo, que le pagaba el precio del arrendamiento a Saúl Villamizar, que esto sucedió más o menos en 1937 y que todo ello iba igual cuando se ausentó de Pamplona en 1950. El testigo Flórez afirma constarle que los Villamizar han vivido en la casa por más de veinticinco años, que cuando él fue jefe de la Oficina de Catastro de Pamplona se dio cuenta de que esa casa figuraba allí inscrita a nombre de la sucesión de un señor Luis Villamizar y que nada sabe desde que se retiró de dicha ciudad en 1950. La declarante Olga Luna expresa que apenas conoce a los Villamizar de nombre, que éstos han vivido en la casa dicha y que ha oído decir que tal inmueble les pertenece. No obstante esto, alega el recurso, la sentencia sostiene que estos testimonios son dignos de credibilidad y que prueban que la señora de Carrasco vivía hasta hace diez años con sus tíos Villamizar Mendoza cuando los declarantes no hablan de parentesco, ni éste aparece demostrado, ni se sabe cuándo corrieron dichos diez años.

Por un cuarto aspecto el recurso le atribuye a la sentencia otro error de hecho al no parar mientes en lo que dicen los testimonios aportados por la señora Villamizar y al desecharlos por irresponsivos y ceñidos al interrogatorio. Así, Francisco de Paula Jordán afirma que visita la casa de dicha señora desde 1934 como médico suyo y que desde entonces la conoce en posesión de ese inmueble; Luis Enrique Conde tuvo hace más de veinte años su oficina de abogado en un local de tal casa que le arrendó la misma señora, a quien conoció como poseedora; Luis Francisco Arias hizo allí en 1936 unas reparaciones por cuenta de dicha señora; Julio Villamizar afirma haber visto a ésta

en 1937 arrendando locales y poseyendo el bien; José de Jesús Gómez conoce, como vecino, a la señora desde 1927, sabe que está en posesión desde 1937 y dice que en 1939 ocupó con una sastrería un local de la casa que le arrendó la misma señora; Gustavo Abreu conoce desde hace más de veinte años a la señora en posesión de la casa y afirma que desde 1944 es inquilino de un local de tal casa; Máximo Rozo, odontólogo que vive en la vecindad, declara lo que le consta; Gonzalo Laguado manifiesta que la ocupación de la señora Villamizar arranca desde antes de 1937; Alejandro Méndez hizo otras reparaciones en la casa por cuenta de la señora nombrada. También declaran sobre esa ocupación los señores Luis Silva y Andrés Cabeza. De suerte que no es exacto que estos deponentes no den razón de sus dichos ni que se ciñan al interrogatorio que se les formuló.

"El fallador —dice finalmente el recurso— puede y debe valorar el haz probatorio. Pero no puede ni debe alterarlo. Es autónomo para apreciar las probanzas dejadas a su buen criterio, mas no para negar los hechos o para inventarlos o sacarlos de su conocimiento personal externo al proceso. El Tribunal dice que doña Mercedes confesó el reconocimiento suyo de la propiedad de los Villamizar Mendoza, y lo que la absolvente sostiene es que les niega derecho porque es poseedora. El Tribunal afirma que doña Mercedes es mujer pobre a quien su familia ha socorrido dejándole la casa para que viva allí, por magnanimidad y condescendencia. Concepto muy personal de los señores Magistrados que no surge del acervo de las pruebas. El Tribunal pone en boca de tres testigos de Cúcuta frases que ellos no pronunciaron. Y no anotó que si la casa tiene tanta historia y tradición, si la familia Villamizar es tan conocida, si Pamplona es una ciudad pequeña en donde todos se tratan mutuamente y parece que la estirpe Villamizar es bien notable, resulta curioso, por decir lo menos, que el 'opositor' haya tenido que reclutar testigos de Cúcuta, alejados de Pamplona de diez años atras, cuando de ser ciertas sus aseveraciones habría contado con testigos en profusión dentro de su propio patio. El Tribunal se desentiende fácilmente de los declarantes de la señora Villamizar tachándolos a una de mendaces y de repetidores de dicho recién aprendido, sin pensar en que la doble columna desvirtúa un concepto apresurado".

Consideraciones de la Corte

I) Se ejercita en este negocio la llamada acción de pertenencia que el artículo 2º de la Ley 120 de 1928 consagra en beneficio de quien ha ganado el dominio de un bien por prescripción ordinaria o extraordinaria. Según doctrina expuesta por la Corte (LXXXI, 2159, 513), esta acción es de carácter real por emanar del dominio ya adquirido y por su finalidad de obtener la tutela de este derecho mediante una declaración judicial del mismo dominio, y está constituida por tres elementos, así cosa susceptible de adquirirse por prescripción; posesión del demandante sobre dicha cosa, y transcurso del tiempo requerido por la prescripción alegada. sea ordinaria o extraordinaria.

El inciso segundo del citado artículo 2º de la Ley 120 excluye de la adquisición por prescripción los bienes declarados imprescriptibles que pertenecen a la Nación y a las demás entidades de derecho público, y el artículo 2518 del C. Civil contrae la eficacia del mismo modo de adquirir a las cosas que están en el comercio humano.

Elemento medular de la prescripción adquisitiva, ordinaria o extraordinaria, es la posesión sobre la cosa de quien la invoca como fundamento de la declaración de dominio. Esa posesión consiste en la ejecución de actos positivos de dueño que se traducen en la explotación económica del bien respectivo. El solicitante de la declaración de pertenencia ha de acreditar en todo caso este elemento de la posesión, sea que demande a persona conocida o ignorada o que se promueva o no oposición a sus pretensiones, porque de otra manera se carecería de base para cimentar esa declaración. Así lo expresó la Corte en casaciones de 11 de octubre de 1945 (LIX- 2025, 712) y de septiembre 30 de 1955 (LXXXI- 2157, 207).

El tercer requisito consiste en el factor tiempo, ésto es, en que la posesión se haya ejercido en forma continua durante el lapso correspondiente a la prescripción ordinaria o extraordinaria, o sea durante diez o veinte años, si se trata de bienes raíces.

Conforme a lo prescrito por el artículo 2531 del C. Civil, la prescripción adquisitiva extraordinaria no requiere título alguno y en ella se presume de derecho la buena fe. Dispone la misma norma que la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe y no dará lugar a la prescripción, salvo que concurran estas dos circunstancias: primera, que quien se pretende dueño no pueda probar que el usucapiente le ha reconocido su dominio, expresa o tácitamente, durante el lapso de la prescripción, y segunda, que el mismo prescribiente compruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo. La concurrencia de estas dos circunstancias desvanece la presunción legal de mala fe que surge de un título de mera tenencia en favor de quien se pretende dueño.

II) En la ocurrencia de autos, la señora Mercedes Villamizar de Carrasco ejercita la acción de pertenencia sobre un inmueble ubicado en el perímetro urbano de la ciudad de Pamplona y consistente en un solar con casa de habitación. Esta pretensión tiene por fundamento la posesión de ese bien por el lapso de la prescripción extraordinaria, esto es, durante veinte años. La sentencia acusada denegó la declaración de pertenencia por varias razones, así:

a) Por estimar que el inmueble pertenece a una comunidad en que tienen derechos los sucesores de Luis Villamizar Mendoza y Francisco Villamizar Hernández.

b) Porque la propia usucapiente confesó que la casa figura a nombre del difunto Luis Villamizar, que Elisa Villamizar atendió al pago de unos impuestos mientras vivió y que sus hermanos y parientes le han permitido vivir en esa casa.

c) Porque los testigos Saúl Montañez, Luis A. Flórez y Olga Luna afirman que la señora Villamizar de Carrasco vivía en la casa hasta hace unos diez años con sus tíos, hermanos y otros parientes.

d) Porque de las anteriores circunstancias "se infiere sin esfuerzo alguno que su alojamiento en dicha casa solo se puede explicar por acto de mera tolerancia o facultad de los verdaderos dueños" de tal inmueble.

e) Porque los testimonios allegados por la usucapiente para demostrar su posesión no son responsivos, se ciñen al interrogatorio que se les formuló y no mencionan hechos demostrativos de esa posesión desde el año de 1937, y porque además lo expuesto por los declarantes se halla en contradicción con lo dicho por los testigos Montañez, Flórez y Luna, que sí merecen credibilidad.

El recurso le atribuye en primer término a la sentencia dos errores de hecho consistentes en tener por establecido que el inmueble pertenece a una comunidad y que la prescribiente reconoció ese dominio ajeno.

De autos aparece que en la sucesión de Francisco Villamizar y Ana Vicenta Hernández se relacionó entre los bienes relictos la séptima parte de una casa de tapias, madera y teja, en común con los herederos de Luis Villamizar. En la partición de esa mortuoria se adjudicó tal séptima parte, por cuotas iguales, a los señores Gertrudis, María, Isabel, Anais, Francisco y Gonzalo Villamizar Hernández. Dicha partición fue aprobada por sentencia de 18 de mayo de 1933 e inscrita en el Libro de Causas Mortuorias el 24 de julio del mismo año. Los linderos de esa casa se parecen a los del inmueble que es objeto de la demanda de pertenencia, pero en este juicio no figuran identificados.

Más tarde, en la sucesión de Gonzalo Villamizar Hernández, se relacionó en el inventario y se adjudicó a la cónyuge de este causante, señora Tulia Villamizar Ramírez, una séptima parte de la misma casa inventariada en la mortuoria de Francisco Villamizar y Ana Vicenta Hernández. La partición de los bienes de aquella sucesión fue aprobada por sentencia de seis de mayo de 1959 y se inscribió el 22 de junio del mismo año.

No hay prueba alguna demostrativa de la existencia de la comunidad, ni de las partes que la formaban, ni de su origen, pues las hijuelas que se han reseñado y que la sentencia tuvo en cuenta, no son bastantes por sí solas para poner en evidencia dichos requerimientos ni para concluir que el inmueble en referencia pertenece de veras a tal supuesta comunidad.

Tampoco existe prueba fehaciente de quiénes son los dueños verdaderos de ese bien,

ni de que ellos hubieran vivido en la casa con la señora Villamizar de Carrasco y de que por simple tolerancia le permitieran a ésta habitar ese inmueble y ejecutar allí actos de mera tenencia. Los nombrados declarantes Montañez, Flórez y Luna dicen que en esa casa vivieron durante algún tiempo varios señores Villamizar, pero no hay prueba de que tales señores fueran precisamente los propietarios del inmueble y que lo poseyeran con esta calidad de dueños.

En posiciones absueltas por la señora Villamizar de Carrasco manifestó ella ser cierto que unos señores Villamizar podían tener derecho sobre la casa como herederos, pero que a ella le pertenecía ese inmueble por venirlo ocupando desde 1932 y que desconoce aquel derecho. Agrega ser también verdad que dicha casa figuraba a nombre de Luis Villamizar Mendoza, que la señorita Elisa Villamizar pagó unos impuestos y que sus parientes han aceptado que ella viva allí, pero repite que les desconoce todo derecho sobre tal inmueble.

De todo lo cual resulta que, de una parte, ninguna persona con algún derecho sobre el inmueble en referencia se ha presentado a oponerse a las pretensiones de la señora Villamizar de Carrasco; que, de otro lado, no existe prueba de quiénes hayan sido los dueños de ese bien ni de que ellos hubieran apenas tolerado la ocupación de la misma señora, y que, por un tercer aspecto, esta usucapiente desconoce todo derecho que pueda alegarse sobre tal inmueble. Es evidente que la señora Villamizar confesó, la confesión hecha por una persona, de tener noticia de los hechos antes expresados y que sus parientes le han permitido habitar la casa, pero ello por sí solo no entraña reconocimiento de dominio ajeno ni título de mera tenencia, fuera de que la ocupación indefinida y gratuita de una tal casa no puede reputarse como acto de simple tolerancia, desde luego que implica por lo regular un gravamen para el dueño que la permita expresa o tácitamente. Por manera que la sentencia incurrió en verdad en un doble error de hecho al tener por comprobado el dominio sobre el inmueble a favor de una comunidad que no aparece debidamente establecida y al considerar que la ocupación de la casa por la señora Villamizar ha obedecido a una acto de simple tolerancia de quienes no se presentaron ni figuran abonados como dueños del bien expresado.

Estos errores de hecho condujeron al fallo a quebrantar los preceptos sustanciales que señala el recurso y en consecuencia debe ser infirmado para sustituirlo por la correspondiente sentencia de mérito.

En orden a sustentar dicha sentencia conviene recordar algunos aspectos del negocio.

Con el objeto de acreditar su posesión la señora Villamizar de Carrasco adujo los testimonios de los señores doctor Francisco de Paula Jordán, Luis Francisco Arias, Carlos Julio Villamizar Girón, Margarita Carrillo de Castro, José de Jesús Gómez Salcedo, Gustavo Abreu, Máximo E. Rozo, Gonzalo Laguado, Alejandro Méndez, Alfonso Pérez, Ana Mercedes Serrano, Andrés Cabeza Mogollón y Luis Enrique Conde Girón. Examinados estos testimonios con el mayor esmero, se infiere de ellos estos hechos: Primero, que la señora Villamizar de Carrasco ha vivido y vive con su familia en la casa cuya pertenencia pretende desde hace más de veinte años, esto es, desde antes de 1937; segundo, que la misma señora ha ejecutado en ese inmueble varias reparaciones y otros actos de naturaleza posesoria como arrendar algunos locales; tercero, que ha poseído ese bien sin violencia, clandestinidad ni interrupción alguna por el aludido espacio de tiempo; cuarto, que ninguna persona ha reclamado contra los actos posesorios de la nombrada señora Villamizar.

Aunque los declarantes de la parte opositora, señores Montañez, Flórez y Luna, afirman que hasta hace unos diez años vivieron también en la casa unos señores Villamizar, lo cierto es que no aparece demostrado que estos señores han tenido y tienen algún derecho sobre tal inmueble. Tampoco se ha establecido que la señora Villamizar ocupe ese bien mediante un título de mera tenencia.

El opositor, señor Carlos Rafael Villamizar, no demostró tener derecho alguno sobre el bien raíz de que se trata y de consiguiente su oposición carece de fundamento.

Los hechos expresados conducen a poner de relieve que la señora Villamizar de Carrasco sí es poseedora del inmueble que ha-

bita con su familia desde hace más de veinte años y que esa posesión le otorga derecho para obtener la declaración judicial de pertenencia que ha solicitado.

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, CASA la sentencia de dieciséis de mayo de mil novecientos sesenta y uno, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en este juicio sobre pertenencia promovido por la señora Mercedes Villamizar de Carrasco, y en su lugar ispone:

1º) Se confirma en todas sus partes la sentencia de primer grado, de fecha veinticinco de enero de mil novecientos sesenta y uno, dictada por el Juez Civil del Circuito de Pamplona.

2º) Se condena al opositor a cubrir las costas de la segunda instancia.

3º) Sin costas en el recurso de casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REIVINDICACION

El deber de lealtad procesal que impone al demandado en reivindicación el artículo 214 del C. Judicial, no se cumple por el silencio ni la respuesta ambigua o reticente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintidós (22) de julio de mil novecientos sesenta y cinco. (Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez).

Contra Miguel Mancilla y ante el Juez 1º Civil del Circuito de Ciénaga, Rafael A. Correa Serna y Joaquín A. Correa Serna entablaron demanda reivindicatoria sobre una porción de tierra comprendida por linderos, dentro de la finca bananera Eloísa, de aquella jurisdicción.

Trabado el litigio, terminó en primera instancia con fallo absolutorio del 24 de noviembre de 1962, que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta confirmó el 22 de junio de 1964. Y ahora incumbe a la Corte resolver el recurso de casación interpuesto y sustentado oportunamente por los actores.

La sentencia acusada

Se transcribe de la parte motiva el único argumento de la absolución:

"En el asunto sub-iudice, no existe la más remota prueba de que el elemento 'posesión en el demandado' haya tenido ocurrencia. Es más: el actor ni siquiera intentó demostrarlo, pues toda su actividad probatoria estuvo dirigida a la comprobación de la existencia de los otros presupuestos y de modo preferencial la propiedad de los demandantes sobre el terreno cuya restitución se persigue. La dicha posesión fue negada categóricamente en el escrito de contestación de la demanda; en la diligencia de inspección ocular que recoge el folio 53 del cuaderno de pruebas de la parte demandante, apenas se comprobó que la finca denominada La Eloísa y la parte de ella que se dijo poseída por el demandado tienen la misma ubicación y linderos señalados en la demanda; el resto del material probatorio lo constituyen las partidas de bautismo que forman el folio 9, y 25 escrituras públicas, probanzas en sí mismas inidóneas para acreditar la posesión material atribuida al demandado".

La acusación

Formula cargo por "violación directa del artículo 214 del Código de Procedimiento Civil. Error de hecho evidente en la valoración de la prueba. Quebranto por falta de aplicación de los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 966 del Código Civil".

Y lo sustenta así:

Según la sentencia acusada, no se dio prueba alguna de que Miguel Mancilla posee el fundo reclamado: El en su respuesta al libelo negó estar en posesión y no se encuentra dato que desvirtúe la negación y saque avante la demanda por este aspecto.

"Lo primero que ocurre hacer es comparar el aserto del Tribunal con la pieza por él citada: Allí el demandado se opone a las condenas porque niega el derecho que se invoca para sustentarlas y responde 'no me consta" a 15 de los 17 hechos; niega los hechos 15 y 16 porque los linderos con que se identifica el sector reivindicado no coinciden con los de los títulos de Herrera, Mercedes de Cantillo y Miguel Mancilla. El hecho 16 lo que sostiene es que el demandado entró a poseer conociendo la carencia de título de sus antecesores y, por lo mismo, obró de mala fe. Eso es lo que aquél niega.

De modo que no es cierta la expresión jurisdiccional en el sentido de que 'el demandado negó categóricamente ser poseedor', y el marcado contraste entre el texto mismo de la declaración y el modo como se la toma, evidencia el error de hecho cometido y su magnitud o protuberancia".

Toma el artículo 214 del Código Judicial y comenta que de acuerdo con la jurisprudencia, a más de presunción a cargo del demandado, existe allí para éste el deber de lealtad procesal, de "aclarar oportunamente su situación para evitarle sorpresas indebidas al actor, so pena de ser tenido como poseedor, con todas las consecuencias que tal situación comporta".

Cita varias doctrinas, y continúa:

"Ocurre que el demandado no rechazó ni negó su calidad de poseedor, que si lo hubiera hecho, habría sido el caso de sustentar la excepción dilatoria, tal como lo previene el artículo 215 C. P. C. Lo que él repudia es su calificación como poseedor de mala fe, a lo que agrega cierta evasiva, tratando de escudarse en una posible anfibología en los términos de los linderos.

"De otra parte, en su alegación para segunda instancia manifiesta (C. 3º, Fs. 26 y Vto.) ... Miguel Mancilla ha adquirido el bien que se trata de reivindicar por un justo título...", 'de buena fe y con derecho a posesión regular...". 'Y en este orden de ideas, tenemos que la posesión de Miguel Mancilla es regular... en tanto que los demandantes carecen del derecho de propiedad y de la posesión sobre el bien que pretenden...".

"De todo lo cual se desprende: Que no se dio la expresión del demandado negatoria de la posesión y sí su aceptación escueta del hecho, que trae en su favor para repudiar la pretensión de los actores. Y que la inversión de los hechos que plantea el Tribunal constituye un flagrante error de hecho en la apreciación de las dos piezas mencionadas: La contestación de la demanda y el alegato ante el Tribunal, ambas confesiones: la segunda explícita, la primera encarnada en la omisión del acto necesario que envuelve la carga señalada en el mentado artículo 214".

Se considera

La censura está fundada. Ni el silencio, ni la respuesta ambigua o reticente de quien afronta el juicio reivindicatorio son medios adecuados a cumplir la obligación que por imperativo del artículo 214 del Código Judicial pesa sobre quien "es demandado diciéndose de él que tiene la cosa en su poder", porque "si no es así, debe expresarlo en la contestación; pues de lo contrario, al probar el actor su propiedad, se hace el demandado responsable de la cosa o de su precio, a menos que el demandante proceda de mala fe comprobada, sabiendo que aquél no era el poseedor", excepción que aquí no se contempla.

Se establece entonces por la ley un deber perentorio, positivo, claro e ineludible, de elemental lealtad procesal, que armoniza con el artículo 953 del Código Civil, que impone al mero tenedor la obligación de declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre tiene la cosa que se reivindica.

En consecuencia necesaria, si el demandado deja sin debate la cuestión conducente a saber si el objeto reivindicado está en sus manos como poseedor, sino declara que es simple tenedor en nombre de otra persona, con señalamiento además del lugar donde reside, hay en el proceso evidencia judicial sobre la posesión del demandado, como elemento de la esencia de la acción de dominio. El hecho mismo de aceptar la litis lleva envuelto el reconocimiento de que el demandado es poseedor del objeto perseguido por el demandante.

El deplorable error del Tribunal le impidió ver lo que surge nítidamente de la realidad procesal: la posesión del demandado. Y no puede mantenerse en pie la sentencia absolutoria que solo se apoya en ese yerro, desde luego que encuentra satisfechos los demás elementos de la reivindicación. Lo cual motiva a un tiempo 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 fecha 22 de junio de

1964 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, REVOCA la de primera instancia dictada el 24 de noviembre de 1962 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, el demandado Miguel Mancilla Peña restituirá a los demandantes Rafael A. Correa Serna y Joaquín A. Correa Serna una porción de veinte hectáreas aproximadamente, dentro de la finca Eloísa, por límites y demás determinaciones señalados en la demanda inicial, y los frutos desde el 24 de febrero de 1959 hasta el día 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 al demandado el derecho de retención.

3º Inscríbase esta sentencia en el Registro competente.

4º Sin costas en las instancias y en casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario

PRESUPUESTOS PROCESALES

Cuáles son. - No deben confundirse los hechos que motivan la acción con los elementos que integran el proceso.- Los aludidos presupuestos son siempre materia de análisis previo por el superior, y la ausencia de cualquiera de ellos produce rehusamiento a resolver de mérito.- No procede alegar incongruencia cuando la sentencia es inhibitoria.- Nulidad.- Son fenómenos distintos los de los juicios y de las sentencias y los de los actos y declaraciones de voluntad.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco).

1º En el juicio de venta de bienes hipotecados, propuesto por Enrique Escolar García frente a María Pinedo Vda. de Galofre, se practicó la diligencia de remate de dichos bienes el 29 de noviembre de 1960, en el Juzgado que conocía del juicio.

En el remate no hubo posturas de terceros, por lo que el ejecutante pidió que se le adjudiquen los bienes que se remataban, como lo había solicitado en la demanda de iniciación del juicio especial hipotecario.

2º Con fundamento en esos antecedentes que la demandante en el presente juicio relata, invoca declaración de nulidad "de la diligencia del remate, y el remate mismo" ..."como también del incidente, propuesto en el mismo juicio, de regulación de intereses, incidente de regulación que se falló estando suspendida la jurisdicción del citado Juzgado, cuya nulidad también pido se declare, condenándose en costas al demandado".

Expresa el libelo que "como no hubo postores, para adjudicar al acreedor hipotecario los bienes hipotecados, debió practicarse un nuevo avalúo, y como no se verificó ese avalúo, se contravino la disposición que ordena el reavalúo" y que "al verificarse la adjudicación de dichos bienes al acreedor hipotecario, no siendo postor, se incurrió en nulidad".

En la contestación de la demanda se negaron los hechos y respecto al cuarto se dice ser cierto que Enrique Escolar García "hizo postura por cuenta del crédito y remató por el 70 por ciento del avalúo dado a los bienes sacados a subasta pública". Se propusieron las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda y carencia de acción.

El Juez de primera instancia absolvió al demandado de los cargos del libelo y condenó en costas a la demandante. Esta apeló de la sentencia y, el Tribunal, se declaró inhibido para dictar fallo de mérito "por falta del presupuesto de demanda en legal forma".

3º Para respaldar este concepto anota "que la demanda no reune los requisitos legales, es decir, falta el presupuesto procesal de demanda en forma, ya que aparece incongruencia entre la petición y los hechos de la demanda. En efecto, se pide la nulidad de la diligencia de remate y de este mismo y por ello cabe interpretarla en el sentido de que se solicita la nulidad de un acto procesal y no de otro sustantivo. En cuanto a lo primero es pertinente recordar que la doctrina y la jurisprudencia, con fundamento en claras disposiciones sobre la materia, han dicho que no hay lugar a solicitar la nulidad de actos aislados del proceso, como lo solicita el demandante respecto a la diligencia de remate. Lo indicado en el caso contemplado, es impetrar la nulidad del juicio hipotecario

con base en la causal 2ª del Art. 451 del C. de P. C., aplicable al proceso citado en obedecimiento al mandato del Art. 452 del mismo Código, en el caso de que se crea haberse pretermitido una formalidad para el remate".

Respalda el Tribunal los anteriores conceptos en la sentencia de la Corte, publicada en el Tomo LVI p. 608, en la cual sentencia se expone que una cosa es la nulidad del remate, y otra bien distinta la nulidad del juicio ejecutivo en que tal remate se efectuó; que pedida y decretada la nulidad del juicio ejecutivo en el cual se practicó el remate, queda éste sin efecto, pero no viceversa, pues el remate sólo puede anularse por las causales determinadas por la ley, cuando expresamente se ha pedido la nulidad de todo el juicio ejecutivo. Y concluye la mencionada sentencia de la Corte: "Si se pide la nulidad del remate solamente pero de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda lo que se deduciría es la nulidad de la actuación anterior a este acto, la demanda no puede prosperar, pues se estaría fallando entonces más allá de lo pedido por el actor en una demanda manifiestamente inepta por incongruencia en sus términos".

Concluye, a este respecto el fallador de instancia, que en el caso sub-judice, "los fundamentos de hecho no concuerdan con las peticiones, porque sólo son procedentes para solicitar la nulidad del juicio".

En punto de la nulidad del incidente de regulación de intereses, expresa la sentencia recurrida que por tratarse de una nulidad procesal, como es la incompetencia de jurisdicción invocada, no es del caso declararla en juicio ordinario, porque sólo puede ser discutido en el mismo proceso en que se incurrió en el vicio anotado, según se infiere del artículo 457 del C. Judicial.

De lo anterior concluye el Tribunal "que la acción de nulidad de un juicio que abarca el remate de un inmueble que dentro de él se verificó, no puede acumularse, en forma principal, con otra acción que trate de invalidar el remate como acto sustantivo, porque son incompatibles, tal como ocurre en el caso de autos, dando lugar a la falta del presupuesto procesal de demanda en forma legal".

De esta sentencia recurrió en casación la parte actora en el juicio.

4º La impugnación.

Primer cargo

(Capítulo III de la demanda)

"La sentencia no está en consonancia con los pedimentos de la demanda, ordinal 2º del artículo 520 del C. de P. Civil, pues en la sentencia se falla desconociendo los pedimentos de la demanda, fundamentados en los hechos expuestos, desconocidos por el Tribunal, al afirmar que no hay presupuestos, y esos presupuestos si existen pues son los mismos hechos".

Segundo cargo

(Capítulo I de la demanda)

Trata de demostrar que el Tribunal era incompetente para resolver como lo hizo y que en consecuencia incurrió en la nulidad prevista por el numeral 1º del artículo 448 del C. J., "porque falló sobre excepción propuesta y fallada negativamente, sin que el excepcionante hubiera interpuesto recurso alguno, quedando por tanto, impedido el Tribunal para conocer de ese incidente; y si el Tribunal consideró que la demanda adolecía de formalidades, o no estaba en forma, también usurpó jurisdicción, pues tal competencia sólo la tiene el Juez del conocimiento, para rechazar la demanda, para que sea corregida, puntualizando 'los defectos de que ella adolece'. Artículo 738 del C. de P. Civil. Usurpó el Tribunal Jurisdicción, y por tanto esa sentencia es nula, de nulidad absoluta".

Tercer cargo

(Capítulo II de la demanda)

Se hace con fundamento en los artículos 1740, 1741 del C. Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, sobre nulidades absolutas. Tacha la sentencia de vicio sustantivo, porque el Tribunal desconoció el artículo 1740 "que esta-

blece que '...la nulidad de' todo acto, ... a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto... según su especie y la calidad de las partes".

"La sentencia —dice el recurrente— violó los artículos citados y por ello es nula, de nulidad absoluta".

Cuarto cargo

(Capítulo IV de la demanda)

"La violación también proviene de falta de apreciación de la prueba de la diligencia de remate, en la cual está ausente la constancia de que se hubiese efectuado el reavalúo o nuevo remate, para poder hacer la adjudicación al acreedor hipotecario, tal como lo prescribe el artículo 1195 del Código de Procedimiento Civil. Se violó también esa disposición, que viene siendo sustantiva, por cuanto que establece una formalidad, que no cumplida hace írrito el acto".

Quinto cargo

(Capítulo V de la demanda)

"La sentencia es violatoria de la ley sustantiva, ya que se violaron o hubo infracción de los artículos sustantivos 1740, 1741 del Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936 —artículo 520, ordinal 1º del Código de Procedimiento Civil".

Se considera

a) Reiteradamente la Corte ha sostenido que cuando la sentencia es inhibitoria, la censura por incongruencia es improcedente. La razón de esto es bastante clara: la inhibición de fallo, como la expresión lo indica, es la manifestación del juzgador de no dictar sentencia definitiva por carecer el proceso de los elementos configurativos indispensables para hacerlo. De acuerdo con la doctrina procesal, ha dicho la Corte que, esos presupuestos son: demanda en forma, competencia del juez, capacidad para ser parte y capacidad para obrar procesalmente. Es decir, algo bien distinto de la causa petendi, que son los hechos generadores de la acción. No pueden confundirse, por tanto, los hechos que motivan la acción con los elementos que integran el proceso, como lo hace el recurrente en el primer cargo.

b) Con lo del segundo cargo quiere decir el recurrente que como al contestar la demanda se propuso la excepción de ineptitud de ésta y el juzgador de primera instancia absolvió al demandado de los cargos presentados en el libelo, el Tribunal ya no podía, sin usurpar jurisdicción, llegar a la declaración de inhibición a través de la consideración de la falta de presupuesto de demanda en forma.

Los presupuestos procesales tienen carácter jurídico público, con imperio tal que si el juez de segunda instancia encuentra la falta de uno de ellos, está obligado a rectificar la providencia apelada en el sentido de declarar su inhibición para fallar en el fondo, indicando cuál es el presupuesto procesal que falta, y, por otra parte, que la ausencia de cualquiera de los presupuestos aludidos, produce el rehusamiento a resolver de mérito. Por efecto de esta abstención, la acción no se agota, pudiendo el actor volver a usar de su derecho, cuando lo crea oportuno y en la forma que sea conveniente.

Aun cuando no haya sido objeto del recurso de apelación, los presupuestos procesales son siempre materia de análisis previo por el superior, y, si no están completos en los autos, así debe declararlo, pues, la relación jurídico-procesal no se ha trabado. "... el Juez de segunda instancia, si encuentra la falta de un presupuesto procesal, debe enmendar la providencia recurrida, declarando su inhibición para fallar en el fondo, aunque se agrave la situación procesal adquirida por la parte apelante" (LXXVIII-352).

No se agravó, en el caso de autos, la situación del apelante. La sentencia de segundo grado no lo convirtió de vencedor en vencido. En la primera instancia fue absuelto el demandado. En el segundo grado vino la declaración de inhibición; así que, no aparece la legitimación para proponer el cargo.

c) Si la nulidad que se alega, proviene, según el criterio del recurrente, de la falta del nuevo avalúo a que se refiere el artículo 1195 del C. Judicial, el reparo resulta improcedente al formularlo por violación de los artículos 1740 y 1741 del C. Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, consagrados a definir la nulidad de los actos jurídicos y no la de los actos procesales.

La nulidad de los juicios y de las sentencias, está prevista por los artículos 457 y 458 del C. J. y la de los actos y declaraciones de voluntad por las normas que el demandante, confundiendo los dos fenómenos, cita como infringidos.

d) En cuanto al cargo por violación del artículo 1195 del C. J., a que se refiere el Capítulo IV de la demanda de casación, fundado en la falta de apreciación de la prueba de la diligencia del remate, en la cual, no consta que se hubiera cumplido con el nuevo avalúo a que la norma citada se refiere, es preciso no perder de vista, que el nuevo avalúo se hace a solicitud del acreedor, cuando, sacado el bien a remate por tercera vez, no se presentan postores. (Art. 4º Ley 176 de 1936). Según lo afirma el libelo y se lee en el acta de remate no hubo posturas distintas a la del ejecutante, quien había pedido la adjudicación en la demanda misma del juicio hipotecario, y a quien se le adjudicó el inmueble por el 70% del avalúo. No se violaron disposiciones procedimentales por lo visto, ni tampoco las de carácter sustancial, según lo dicho.

No sobra advertir que, sin embargo de ser inhibitoria la sentencia recurrida, lo que significa que el fallador no hizo pronunciamiento de mérito, la Corte ha hecho el estudio de los cargos para revaluar conceptos emitidos en la sentencia del Tribunal.

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 Barranquilla, de fecha veinte (20) de enero de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida en el juicio ordinario de María Pinedo vda. de Galofre contra Enrique Escolar García, sobre nulidad de un remate.

Sin costas en casación porque no se causaron.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REIVINDICACION

Título anterior a la posesión del reo. — Posesión. — Esta puede ser de mala fe, sin ser violenta ni clandestina. — Apreciación por el Juez de la buena o mala fe del poseedor. — En casación no procede impugnar a través del planteamiento global del probema probatorio. — Error de hecho y de derecho. — No es dable alegarlos, a la vez, respecto de un mismo medio de prueba. — Es fallido pretender deducir el yerro de valoración legal del error de hecho. — El Art. 1757 del C. Civil es una norma de simple régimen probatorio. — Prestaciones mutuas. — Expensas a que tiene derecho el poseedor de mala fe vencido en reivindicación. — El recurso de casación no es una tercera instancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintisiete de julio 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 Bogotá, con fecha 10 de septiembre de 1962, en el juicio ordinario seguido por Leonor Rodríguez de Sánchez frente a José Adán Hernández.

I

El litigio

Ante el Juez 10 Civil del Circuito de Bogotá, Leonor Rodríguez de Sánchez trajo a juicio ordinario a José Adán Hernández, en reivindicación de un lote de terreno ubicado en el barrio de Chapinero de esta ciudad, en el sector denominado "Barrio de La Merced", marcado según la nomenclatura actual con el número 73-10 de la carrera 35 y comprendido dentro de los siguientes linderos: por el Norte, con propiedad de Ana Tulia Sarmiento Pacheco, antes de Francisco Rodríguez; por el Sur, con la calle 73; por el Oriente, con propiedad de José Adán Hernández, antes de Gonzalo Forero; y por el Occidente, con la carrera 35.

A las súplicas petitoria y restitutoria deducidas en primer término, la actora articuló la del pago de los frutos civiles del fundo, desde el año de 1949, en consideración a ser el demandado poseedor de mala fe, como también el reclamo del precio de costo de las reparaciones causadas por culpa del reo.

La exposición de la causa petendi dice, en síntesis, lo siguiente: que la demandante es dueña del inmueble descrito, por compra que de la mitad pro indiviso hizo a Pedro Julio Aldana, según la escritura número 1919 de 18 de junio de 1955, de la Notaría 8ª de Bogotá, y por adjudicación que se le otorgó de la otra mitad en la causa mortuoria de Ramón Rodríguez Sánchez, adjudicación protocolizada por la misma escritura número 1919 que se acaba de citar, títulos cuyos registros están vigentes; que Pedro Julio Aldana y Ramón Rodríguez lo habían adquirido, por compra que hicieron a José de Jesús Pinzón, mediante la escritura número 1320 de 9 de julio de 1932, de la Notaría 5ª de este Circuito; y que el demandado, considerándose señor y dueño del terreno, sin serlo, ha levantado en él construcciones y paredes, siendo desde el año de 1949 su poseedor, en condición de mala fe.

En su contestación, el demandado negó los hechos fundamentales de la demanda, pero, en lo tocante con la ocupación por él del referido lote de terreno, afirmó: que se

trata de un bien abandonado, con el carácter de vacante (g); que éste se convirtió en un muladar público, por lo cual la Alcaldía tomó cartas en el asunto, de donde emana su ocupación por el demandado, como bien vacante y con autorización oficial (h, i, j, k); y propuso, como excepciones perentorias, la de ilegitimidad sustantiva de las partes, "toda otra innominada" de que apareciere prueba y la de prescripción adquisitiva. Rechazó, pues, el derecho alegado por la actora y se opuso a sus pretensiones. Dijo finalmente denunciar el pleito al Municipio, pretensión ésta a que no accedió el Juzgado, por estimarla impertinente.

A la vez, el demandado reconvino a la actora, mediante libelo de mutua petición en que suplica se declare que el reconviniente tiene derecho a retener todas las mejoras hechas por éste en el ya descrito terreno, mientras no se le pague por la reconvenida el valor de las mismas, según avalúo pericial, las que desde ahora estima en $ 10.000.00, para todo evento; y se condene a la reconvenida a satisfacer a aquél una serie de cantidades de dinero pagadas por éste al Municipio, en relación con el terreno de que se trata, por razón de andenes y sardineles, ocupación de vía , andamio, instalación de acueducto, liquidación provisional, impuesto predial, cobre ejecutivo del impuesto fiscal y emolumentos de curador y peritos en las ejecuciones del fisco, y los intereses legales de todo ello, como también la cantidad de $ 20.00 mensuales por la vigilancia y cuidado del lote en cuestión, o la que se fijare por peritos, desde cuando Hernández entró en la tenencia del mismo hasta cuando cesare en la retención, y el valor de los perjuicios que la reivindicante le ha ocasionado con el abandono del terreno, en cuanto en éste se formó un muladar público que amenazó la higiene del vecindario y desvalorizó las propiedades aledañas, más las costas del juicio.

"Como acción subsidiaria, —dice el reconviniente— pido se decrete la prescripción adquisitiva del dominio del lote que se dejó desmembrado, a favor de José Adán Hernández. Y en su defecto, se declare que es vacante el bien o lote".

En la mutua petición, Hernández invoca los siguientes hechos: que el terreno del litigio estuvo abandonado por más de veinte años y que el Municipio y todo el vecindario lo consideraron como bien vacante; que Hernández, por orden de la Alcaldía y para eliminar el muladar público, entró en su tenencia, "encerró el lote con paredes de ladrillo y cemento, levantó una edificación, rellenó el piso, instaló acueducto y luz, y verificó los enlucimientos del caso"; que "en todo evento, el Municipio es dueño del lote como bien vacante, y, en su defecto, José Adán Hernández ha ganado por prescripción adquisitiva el lote citado, arriba deslindado".

Con aducción de pruebas de ambas partes, surtióse la primera instancia, que remató con sentencia por la cual se dispuso, en sustancia, lo siguiente:

1º Declarar no probadas las excepciones propuestas por el demandado Hernández;

2º Absolver a la actora Rodríguez de Sánchez de los cargos que le formuló la demanda de reconvención;

3º No reconocer al demandado Hernández la prescripción adquisitiva de dominio del inmueble materia de la reivindicación;

4º Declarar que pertenece a la demandante Rodríguez de Sánchez el lote de terreno de que se trata;

5º Condenar al demandado Hernández a su restitución;

6º Condenar al mismo Hernández a pagar a la actora Rodríguez de Sánchez, el valor de los frutos civiles del mencionado inmueble, desde el año de 1949 hasta el momento de su entrega, y no sólo los percibidos sino los que el dueño hubiere dejado de percibir, a justa tasación de peritos, y las demás prestaciones de que trata el C. C., determinándose que del valor de los frutos que debe satisfacer el demandado se deducirá lo pagado por éste al Distrito Especial de Bogotá, por razón de impuestos del inmueble, según los recibos que obran a folios 23, 24, 26, 27 y 28 del cuaderno número 1º;

7º Ordenar la inscripción de la sentencia en el Registro de Instrumentos Públicos;

8º Ordenar la cancelación de la demanda; y

9º Condenar en las costas del juicio al demandado.

Por apelación de éste, tramitóse el segundo grado, que culminó con la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 10 de septiembre de 1962, por la cual se resolvió textualmente lo siguiente:

"Primero. Confírmanse los numerales 1º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º de la parte resolutiva de la sentencia materia de la apelación, proferida por el Juzgado Décimo Civil de este Circuito el veintiséis de septiembre del año último pasado.

"Segundo. Revócanse los numerales 2º y 3º de la parte resolutiva de esa misma providencia y en su lugar se declara inhibido para decidir las acciones contenidas en la demanda de reconvención, por ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma, y

"Tercero. Sin costas en esta instancia".

Contra este último pronunciamiento, interpuso el litigante vencido el recurso de casación, que la Corte entra a ventilar.

II

Consideraciones de la sentencia recurrida

El Tribunal, comenzando por estudiar la excepción de prescripción adquisitiva invocada por el demandado, y luego de detenerse en consideraciones sobre la naturaleza y condiciones de la prescripción, entra a examinar las pruebas al respecto aducidas por el excepcionante, tarea en conexión con la cual dice observar lo siguiente: Las posiciones absueltas por el demandado, en donde "confesó que ocupa, desde hace tres años, el lote materia de esta litis, que entonces no le conocía dueño, que hizo las obras necesarias para cerrarlo y que le abrió puerta para comunicarlo con el lote contiguo que es de sus propiedad"; una serie de recibos sobre pago a la Tesorería Distrital, de impuestos, obras y servicios, en relación con el predio del pleito y que el demandado aportó con la contestación de la demanda, como también las declaraciones de Erasmo Guáqueta y Juan de Jesús Guerrero, acerca de que Hernández " 'ha tenido en posesión aproximadamente desde hace ocho (8) años...' el lote aquí especificado, que por su cuenta lo cerró en ladrillo y construyó dentro de él una pieza con sus servicios de agua y alcantarillado"; la diligencia de inspección ocular de 4 de febrero de 1961, en donde se pudo establecer la posesión material que sobre el inmueble, materia de la diligencia, tiene Hernández, y cuya acta dice que, según el mismo señor, las obras construídas allí lo han sido por él; la licencia dada por la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá a Hernández, para construir una casa de un piso en el predio aludido; y los testimonios de Aurelio Fonseca, Lucas Gamba, Miguel Cuchía, Carmen Vargas y Pablo J. Rodríguez, acerca de la posesión que sobre el fundo del litigio ha venido ejerciendo desde años atrás José Adán Hernández.

Del examen de todos estos medios, concluye el sentenciador que la posesión del demandado "no lo ha sido por el lapso de veinte años requeridos para la consumación de la prescripción extraordinaria", según el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, por lo cual "la excepción que se estudia no puede prosperar".

En lo tocante con la excepción de ilegitimidad de personería, el sentenciador no la toma como medio exceptivo, sino como planteamiento referente a la legitimación de las partes en la causa, a cuyo estudio de fondo se remite.

Pasa luego a estudiar la acción reivindicatoria, deteniéndose en sus condiciones estructurales, las que encuentra acreditadas, así:

El dominio de la actora Rodríguez de Sánchez, con la copia de la escritura número 1919 de 11 de octubre de 1955, de la Notaría 10ª de Bogotá, en que se contiene la venta que Pedro Julio Aldana le hizo de la mitad pro indiviso del lote de terreno, objeto de la litis, y por la cual se protocolizó, además, la hijuela de la demandante en el juicio de sucesión de Ramón Rodríguez Sánchez, que reza la adjudicación a su favor de la otra mitad del mismo inmueble. Y con estos títulos, la copia de la escritura número 1320 de 9 de junio de 1942, de la Notaría 5ª de Bogotá, por la cual Pedro Julio Aldana y Ramón Rodríguez Sánchez compraron a Jesús Pinzón V., en común y por igual, en mayor extensión, el predio de que se trata, y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que acredita la inscripción de todos los actos referidos;

La posesión por parte del demandado, la ve establecida, no ya con la invocación hecha por éste de la prescripción adquisitiva del dominio, sino con las varias probanzas objetivas que el sentenciador hubo de analizar en el estudio de la excepción de prescripción; y los requisitos de cosa singular reivindicable e identidad entre el bien que se demanda y el poseído por el demandado, porque en el caso "se pretende la reivindicación de un lote de terreno especificado como cuerpo cierto, alindado como se expresa en la demanda, identificado en la diligencia de inspección ocular y sobre el cual, en lo relacionado a su identidad, no existe discrepancia entre los litigantes".

En lo tocante con las prestaciones mutuas, el Tribunal acoge el concepto del juez **a-quo**, que reputó al demandado como poseedor de mala fe, considerando que "la ausencia de todo título justificativo de la posesión del demandado es impedimento para aplicar la presunción de buena fe que consagra el Art. 769".

Y en cuanto a la demanda de reconvención interpuesta por Hernández, considera que contiene una indebida acumulación de acciones, que acusa falta del presupuesto procesal de demanda en forma y que hace que el fallador deba declararse inhibido para decidir sobre su mérito.

III

El recurso extraordinario

Cinco cargos, en relación con la causal primera de casación, expone el recurrente, a cuya consideración se atenderá siguiendo el orden lógico de las materias, por lo cual se verá primeramente el último de los propuestos, en seguida el primero, luego el tercero y después el cuarto y el segundo en este orden.

Primer cargo (quinto de la demanda de casación). Luego de invocar los artículos 669, 946, 949 y 950 del C. civ., sostiene el recurrente que "la actora no tiene, en el presente caso, la acción reivindicatoria a su favor", porque no es dueña de la totalidad del lote que persigue, sino apenas de una cuota en él. Y con el intento de demostrar esta afirmación, alega que aunque ella sostuvo en la demanda haber adquirido la mitad del dominio por adjudicación que se le hizo en la sucesión de su padre, no produjo la prueba de tal hecho, que no podría ser sino la respectiva hijuela registrada; y que, por lo demás, el título acompañado a la demanda constante en la escritura número 1919 de 18 de junio de 1955, apenas da fe de la venta que Pedro Julio Aldana otorgó, de la mitad del predio, a la demandante Rodríguez Segura, pero que "esta escritura registrada sirve para la reivindicación de la mitad del lote, siempre que estuviera respaldada por iguales títulos de sus antecesores de Aldana, vendedor. Esta prueba complementaria no se adujo... el juzgador no podía fallar favorablemente la acción de dominio, porque **se demanda reivindicación total sobre una cosa, sin aparecer en el proceso acreditada la propiedad total de esa cosa, sino de la mitad y con título incompleto.** Se ha debido fallar en contra de la actora, por substracción de materia".

En razón de lo cual, el impugnante dice acusar la sentencia "por error de hecho en cuanto a la apreciación de la prueba del dominio traída por la actora al juicio. Y por error de derecho por haber infringido por violación directa los artículos 946, 669, 949, 950 del C. C.".

La Corte considera

No obstante la embigüedad en que incurre el impugnante al calificar el cargo, diciendo que el fallador incurrió, de un lado en error de hecho en cuanto a la apreciación de la prueba del dominio de la actora —o sea error medio que implicaría quebranto indirecto de la ley sustancial—, y de otro lado en error de derecho consistente en violación directa de los preceptos que del Código Civil señala —lo que sería yerro jurídico no debido a viciosa apreciación probatoria—, sin embargo la estructuración del cargo impone considerarlo formulado por infracción indirecta de las citadas normas de carácter sustancial, a causa de los supuestos errores de hecho en que, según el recurrente, incidiera el Tribunal al estimar las pruebas del dominio invocado por la demandante.

Pero, el recurrente no ha podido demostrar que, cuando el sentenciador consideró que el dominio de la actora sobre la totali-

dad del predio reivindicado se fundaba, no sólo en la compra que ella hizo de la mitad del bien a Pedro Julio Aldana mediante la escritura número 1919 de 18 de junio de 1955, de la Notaría 8ª de Bogotá, sino en la adjudicación que de la otra mitad se le otorgó en la sucesión de Ramón Rodríguez Sánchez, según la hijuela protocolizada por la misma escritura número 1919 que se acaba de citar, y que los dichos causantes Aldana y Rodríguez habían adquirido ese fundo, en mayor extensión, en común y por igual, por compra que hicieron a José de Jesús Pinzón, según la escritura número 1320 de 9 de julio de 1942, de la Notaría 5ª de este Circuito, supuso escrituras que no existían en el juicio, o leyó las existentes haciéndoles decir lo que ellas no rezan.

Porque, contra lo que el acusador afirma, corren en el proceso, debidamente registradas y oportunamente aducidas, sendas copias de las escrituras números 1919 y 1320 sobre dichas (C. 1, fls. 2 a 5; C. 3 fls. 18 a 20). Mediante la primera de ellas, Pedro Julio Aldana vende a Leonor Rodríguez Segura, un derecho pro indiviso equivalente a la mitad del lote de terreno, objeto ahora de este juicio, y se protocoliza además una copia expedida por el Secretario del Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, "tomada del juicio de sucesión de Ramón Rodríguez S., que cursa en este Juzgado", de la hijuela asignada en la partición de tal herencia a la misma Leonor Rodríguez Segura, en que se le adjudica el derecho de dominio equivalente a la mitad del mismo inmueble, que el finado tenía pro indiviso con Pedro Julio Aldana. En esta copia aparecen transcritas la sentencia aprobatoria de la partición, de fecha 12 de septiembre de 1946, con las constancias de su publicación y notificación, y las pertinentes notas de inscripción en la Oficina de Registro de este Circuito, según las cuales éste se efectuó con fechas 2 y 4 de diciembre de 1946, en el libro número primero y en el de Causas Mortuorias que entonces se llevaba, respectivamente. Tanto en la venta como en la hijuela referidas, se dice que los causantes Aldana y Rodríguez S., habían adquirido el inmueble, "por compra que por iguales partes y en mayor extensión" hicieron a José de Jesús Pinzón, mediante la escritura número 1320 de 9 de julio de 1942 de la Notaría 5ª de Bogotá. Y en esta última aparece que el dicho José de Jesús Pinzón vende a Ramón Rodríguez Sánchez y Pedro Julio Aldana el derecho de dominio de cinco lotes de terreno situados en el barrio de Chapinero, en el sector denominado Barrio de La Merced, distinguidos actualmente con el número 34-10 de la calle 73, y comprendidos dentro de los linderos generales que allí se indican.

Y como la censura no desvirtúa en manera alguna la apreciación que el Tribunal hiciera de estos títulos, se impone el mantener en pie la afirmación hecha en la sentencia, de que la demandante demostró satisfactoriamente su derecho de dominio sobre el inmueble que reivindica, con títulos registrados que datan de 1942, precisamente del 1º de agosto de ese año, fecha en la cual se registró la escritura número 1320, de venta de José de Jesús Pinzón a Ramón Rodríguez Sánchez y Pedro Julio Aldana.

Lo cual es así en la relación de demandante a demandado en este litigio, porque, como lo enseña la doctrina de la Corte, —en contra de lo que sostiene el recurrente—, "Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor, y se prueba solo frente a éste... Al 'dueño' que quiere demostrar 'propiedad' le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo. Si se pide esa demostración, lógicamente podría obligársele también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Sería la probatio diabólica, que el buen sentido rechaza como necesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares" (cas. 26 febrero 1936, XLIII, 1907 y 1908, págs. 336 a 340).

En el caso del pleito, ocurre que el demandado Hernández no probó que su posesión, que se ostenta desprovista de todo título registrado, fuese anterior al 1º de agosto de 1942, fecha de registro del título más antiguo en la línea de los presentados por la de-

mandante. Ciertamente, de los testimonios aducidos por Hernández, en el término de prueba, acerca de su posesión, y los cuales se surtieron entre los días 24 de enero y 2 de febrero de 1961, Aurelio Fonseca y José del Carmen Vargas Pérez la extienden a diez y ocho (18) años, Lucas Gamba a quince (15), Pablo J. Rodríguez a más de trece (13) y sólo Miguel Cuchía al año de 1941. Pero esta última declaración, fuera de ser única respecto de tal circunstancia, es ambigua e imprecisa, en cuanto el deponente dice que conoce hace casi veinte (20) años, pues lo conoció en el año de 1941, el lote "donde vive el señor José Adán Hernández", quien desde entonces "ya estaba posesionado en él, había levantado una pieza, por lo demás el resto estaba abandonado, sucio, lleno de basuras". Mas, como el demandado Hernández era colindante, por el oriente, del lote que se litiga y habitaba la casa contigua a éste, según confesó lo último en la respuesta a la tercera de las posiciones que absolvió extrajuicio (C. 1, fl. 6), podría suceder que, formando ambos predios una extensión continua, la vivienda a que para el año de 1941 se refirió el testigo fuera de Hernández en el lote de su propiedad, y que ese resto que, según el declarante, "estaba abandonado, sucio, lleno de basura", y por lo mismo no poseído entonces por Hernández, fuese el que ahora persigue la demandante. Se explica así que esta declaración, ni por si sola, ni tomada en conjunto con las demás, hubiera podido demostrar ante el Tribunal que el demandado estuviese en posesión de lo que se reivindica, con anterioridad al 1º de agosto de 1942.

También las declaraciones de nudo hecho, de Erasmo Guáqueta y Juan de Jesús Guerrero, rendidas el 12 de noviembre de 1955, que el demandado acompañó a la contestación de la demanda, no ratificadas dentro del juicio, dicen ciñéndose a la pregunta que el propio Hernández les hizo, que "este lote de terreno lo ha tenido en posesión aproximadamente ocho (8) años"; y los comprobantes presentados por él con la contestación de la demanda, referentes a licencias para cerramiento y edificación, contribuciones por andén, sardinel, alcantarillado, ocupación de vía y pagos de impuestos directos, están datados, indistintamente, del 9 de diciembre de 1949, fecha del más antiguo de ellos (c. 1. f. 18), en adelante, y no hacia atrás. Y por sobre todo ello, gravitan las expresas manifestaciones del demandado, quien, no sólo, al solicitar el 12 de noviembre de 1955 las referidas declaraciones de nudo hecho, cuestionó a los testigos sobre haber estado en posesión del lote de terreno "aproximadamente hace ocho (8) años', sino que al absolver extrajuicio la séptima de las posiciones que se le propusieron, contestó ser cierto que "entró a ocupar el lote en el año de 1949", agregando: "aclaro que entré a ocuparlo hace tres (sic) años", posiblemente quiso decir trece años.

Todo el haz probatorio patentiza, pues, que la posesión del demandado, no solamente no llena el lapso de 20 años exigido por el artículo 1º de la Ley 50 de 1936 en relación con el 2531 del C. C., sino que esa posesión no es anterior al día 1º de agosto de 1942, fecha de registro del antiguo título de donde se derivan los demás títulos también inscritos en que se asienta el derecho de dominio invocado por la actora, o lo que es lo mismo, que la titulación de ésta, debidamente registrada, sobre el inmueble que reivindica, es anterior a la posesión sin título del demandado, que no alcanzó a completar 20 años.

Quiere decir que la sentencia recurrida no violó por los motivos que el recurrente alega los artículos 946, 669, 949 y 950 del C. C., siendo, por lo mismo, impróspera la censura.

Segundo cargo (primero de la demanda de casación). Formulado por violación directa, a virtud de "mala aplicación e interpretación errónea", de los artículos 2528, 2529, 764, 766, 946 y 971 del C. C., se hace consistir en que, según la sentencia "el demandado no ha invocado ni traído al proceso ninguna clase de títulos que ampare la posesión alegada"; pero que si los testimonios traídos al proceso por el demandado "están todos de acuerdo de que la posesión pasa de 10 años que es lo esencial para la prescripción ordinaria, es claro que Adán Hernández puede alegarla, con apoyo en los artículos 2528, 764 y 766 ibídem, de los cuales, el primero determina que para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiem-

po que las leyes requieren, el segundo define esta especie de posesión, diciendo que es la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, y el tercero enseña que no es justo título el falsificado, el conferido por un mandatario, sin serlo, y el meramente putativo. "De suerte que esta clasificación es taxativa. Acatando esta disposición, los demás hechos comprobados por el demandado pueden constituir justo título. En nuestro caso, el título justo del demandado está constituído por la documentación acompañada a la demanda (C. 1 fs. 17 a 33) y las declaraciones que corren al C. 4 fs. 3 y siguientes. Allí se encuentra la prueba clara sin malicias de las razones de la posesión, o de la tenencia". Y por no haberlo reconocido así, fue por lo que el sentenciador violó los artículos del C. C. a que la censura se refiere.

La Corte considera

La mera enunciación del cargo muestra su inanidad. El Tribunal consideró que, en el caso, no ha podido configurarse prescripción adquisitiva alguna en pro del demandado Hernández. No la extraordinaria, porque su posesión no se remonta a veinte años, hecho éste que no se discute en el proceso; y no la ordinaria, porque encontró que "el demandado no ha invocado ni traído al proceso ninguna clase de título que ampare la posesión alegada".

Evidentemente, el impugnante no muestra que en eso que él llama "documentación" acompañada a la demanda y constitutiva de justo título, se contenga alguno de los exigidos por la ley en orden a la adquisición del dominio. Porque no lo son, ni los comprobantes de pagos efectuados por Hernández al Municipio en razón de la hechura de andenes, sardineles y alcantarillado, y de impuesto predial y servicios públicos, de ocupación de vía y de licencias de la misma autoridad obtenidas por el ocupante Hernández, para cerrar el lote y edificar en éste; ni las declaraciones de testigos sobre esa ocupación y ejecución de mejoras por el demandado. Todo lo cual dice relación al elemento material o corpus de la posesión, pero no constituye el título o razón de ser de la misma.

Por otro aspecto —y ello es primordial en el caso—, habiendo aducido la demandante, como fundamento de su acción, títulos de dominio registrados, de antigüedad precedente a la posesión del reo, títulos cuyo indiscutible mérito quedó establecido en el estudio del cargo anterior, es claro que, para que el demandado hubiera podido ganar contra la actora la prescripción de diez años u ordinaria, de que habla el artículo 2529 del C. C., habría tenido necesidad de aducir, como razón de su posesión material, un título inscrito, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2526 ibídem, precepto olvidado por el recurrente y según el cual, "contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o derechos reales constituídos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo"

Quiere decir que este texto, cuyo radio se acción, en punto de usucapión del dominio, se contrae, por el juego de las demás disposiciones sobre la materia, a la órbita de la prescripción ordinaria, exigía del demandado Hernández, al pretender éste tal especie de usucapión, que la apoyase en un título a su favor, debidamente registrado y que, desde luego, llenáse la calidad de justo, es decir, que fuese constitutivo de un acto jurídico que, por su naturaleza y por su carácter de verdadero y válido, sería apto para atribuírle el dominio, al haber emanado de un "verus dominus".

Pero, como lo afirma el Tribunal, con afirmación que brilla en el juicio por su exactitud, el demandado Hernández no ha presentado título alguno en que pueda sustentar su posesión. Entonces, mal puede haber logrado la prescripción ordinaria del fundo que la actora reivindica.

No infringió, pues, el sentenciador ninguno de los preceptos de derecho sustancial con que la acusación toca.

Tercer cargo (tercero de la demanda de casación). Comenzando por referirse a la noción de buena fe, recordando el principio de que ésta se presume excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria y que, en todos los otros, la mala fe deberá probarse, y trayendo a cuento el concepto de tenencia, con las correspondientes

citas de los artículos 768, 769 y 775 del C. C., a que agrega los artículos 772 y 774 ibídem, sostiene el acusador lo siguiente: que "Hay a favor del demandado la presunción de buena fe. No cabe la ocurrencia de afirmar que el demandado es poseedor violento o poseedor clandestino, porque no concurre en ella ni la fuerza, ni la ocultación de tal posesión"; que "El demandado en ninguna época ha tenido la cosa en su poder reputándose dueño. Al contrario, en la contestación de la demanda y en la misma demanda de reconvención, ha dicho repetidas veces que es un tenor (sic) en espera de que el que sea dueño le reembolse el valor de las mejoras"; que "la sentencia recurrida no ha debido considerar al demandado como poseedor, sino como simple tenedor, con el derecho a retener sus mejoras, que todas son necesarias y útiles, mientras no le sean pagadas"; que "el lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión (Art. 777 ibídem)"; y, en último término, concluye así: "La sentencia acusada infringió directamente por interpretación y aplicación indebidas los Arts. 966, 772, 774, 775, 777, 769, 768, 970. Ha debido aplicarse estas disposiciones, considerando a José Adán Hernández como tenedor de buena fe y como correlativo las condenas a frutos civiles desde la notificación de la demanda; y al pago de sus mejoras con derecho a retenerlas en tanto no le fueran pagadas".

La Corte considera

Este cargo en lo fundamental está dirigido a atacar la sentencia, por cuanto condenó al demandado Hernández a pagar las prestaciones a su cargo, como poseedor de mala fe. Y es así como la censura se coloca bajo el epígrafe de "El poseedor de buena fe".

Pero, no son de recibo los motivos que el impugnante propone con el intento de desvirtuar la conclusión del sentenciador al respecto. Ante todo, el recurrente se pone en contradicción consigo mismo al sostener ahora que el demandado es un tenedor sin ánimo de dueño, cuando en el planteamiento del cargo que se acaba de despachar ha propugnado su carácter de poseedor en orden a la prescripción adquisitiva del dominio del inmueble, objeto del pleito, descartando así el fenómeno de la "mera tenencia", que es la que, según el artículo 775, "se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño". Lo cual se contrapone al concepto de la "posesión", que "es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño" (Art. 762). Y ese carácter de poseedor en el demandado se impone a todo lo largo del juicio, como que fluye de la contestación de la demanda, en que por el reo se propuso la excepción de prescripción adquisitiva; del libelo de reconvención, en donde bajo la acción subsidiaria pidió se reconociese a su favor la misma prescripción; y en fin del conjunto de las pruebas contempladas.

El que esa posesión no haya sido violenta, ni clandestina, no es argumento que obligue a disputarla de buena fe, porque éstos son tres caracteres distintos, cual resulta de las definiciones que de ellos dan los artículos 768, 772 y 774. Así que una posesión puede ser de mala fe, sin ser violenta, ni clandestina.

En lo tocante con la fe del demandado, que el Tribunal calificó de "mala", y que es el motivo primordial del cargo que se estudia, no resulta que el juzgador haya profesado acerca de la buena o mala fe conceptos distintos de los que predican los artículos 768 y 769. Vale decir que el recurrente no demuestra que el fallador haya dado una interpretación equivocada a tales preceptos. Y como la censura no acusa por yerros de apreciación de la prueba de que hubo de deducirse la mala fe del demandado, para lo cual el Tribunal no hizo sino remitirse a las consideraciones del juez a-quo, entonces la decisión sobre este particular debe ser mantenida.

Esto, porque, como lo enseña la jurisprudencia, si por buena fe se entiende la opinión o creencia en que uno está de que posee legítimamente una cosa, y por mala fe el procedimiento en que falta la sinceridad y reina la malicia, esas son "cuestiones ambas del fuero interno, que el juez aprecia en conciencia y basado en los datos que arrojen las pruebas. De consiguiente, cuando el sentenciador considera al demandado en situación de mala fe, se basa para ello en la impresión que recibe por el influjo de determinados hechos, en donde cree encontrar

la comprobación de la mala fe con que ha poseído el poseedor vencido". Por lo tanto, no tratándose de interpretación equivocada de los preceptos legales en el particular, "hay que ir más al fondo, demostrando error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas en que el Tribunal se ha fundado" (Cas. 27, febrero 1946, LX, 2029 a 2031, pág. 57; 13 febrero 1948, LXIII, 2057-2058, pág. 731; 25 abril 1960, XCII, 2223-2224, pág. 459; 18 febrero 1964, CVI, 2271, pág. 105). Lo cual no se hizo en el caso del recurso.

No prospera, pues, el reparo por violación, con base en los motivos que el recurrente alega, de los artículos 768, 769, 772, 774, 775, 777 y 966 del C. C.

La censura por infracción del Art. 970 ibídem, en cuanto el sentenciador dejó de reconocer el derecho de retención invocado por el reo, será motivo de estudio en el despacho del último cargo, mediante el cual se impugna la sentencia por esta causa.

Cuarto cargo (cuarto de la demanda de casación). Viene propuesto, primeramente por error de hecho en la apreciación de las pruebas que el demandado estima favorables a su causa: recibos acompañados a la contestación de la demanda, testimonios por él aportados al juicio y diligencia de inspección ocular con peritos, pero sin concretar en qué consisten los yerros de hecho a que alude. Y, después de afirmar que "El Tribunal no estimó las pruebas del demandado sino para condenarle", el impugnante arguye que "han sido violadas directamente por este error de hecho las disposiciones que gobiernan la técnica de la prueba", a saber: artículos 1757 del C. C. y 645, 665, 697, 702, 662, 724, 727 y 730 del C. J., preceptos a cada uno de los cuales se refiere para relacionarlos de una manera general con los dichos medios probatorios. La censura remata así: "En síntesis la sentencia cometió grave error de hecho al dejar de apreciar legalmente las pruebas testifical, inspección ocular, documentos privados, haciendo caso omiso de la plena prueba, de las presunciones y de los indicios".

La Corte considera

El cargo no tiene forma: Fuera de que en casación es inoperante impugnar, como lo hace el recurrente, a través del planteamiento global del problema probatorio, sino que es preciso singularizar cada uno de los medios que se pretenden erróneamente apreciados, señalar el sentido en que lo han sido y demostrarlo; fuera de que es improcedente acusar por error de hecho y de derecho simultáneos en la estimación de una misma prueba, y de que es fallido el intentar deducir el yerro de valoración legal del error de hecho, pues si éste recae sobre el ser o no ser de una prueba en su objetividad misma, mal puede suponerse que se ponderó la que no fue vista, no obstante existir en el proceso, o que son aplicables los preceptos de valoración a la que, no existiendo en él, fue tenida por existente, la censura es ciertamente inconclusa, pues no señala precepto alguno de derecho sustancial que hubiera sido vulnerado por el sentenciador.

Es que, en todo caso de impugnación por la causal primera, el recurso, para ser eficaz, debe demostrar el quebranto que la sentencia acusada inflija al derecho sustancial, ésto es, a las normas que consagran los derechos subjetivos para cuyo reconocimiento, tutela y eficacia se han establecido los procesos y el sistema probatorio. Entonces, la impugnación por la causal de que se trata requiere que se citen los textos de derecho sustancial que se estimen vulnerados, puntualizando el concepto en que lo hayan sido.

La simple cita e invocación que el impugnante hace del artículo 1757 del C. C., no basta para organizar el cargo, pues, como reiteradamente lo tiene dicho la jurisprudencia, ese texto, que apenas es un precepto relativo al régimen y elenco de las pruebas, no consagra por sí solo ningún derecho subjetivo, por lo cual su desconocimiento no podría dar base de prosperidad al recurso extraordinario, si no incide en el quebrantamiento de un precepto de naturaleza sustancial, que tendría indispensablemente que señalarse como punto clave de la acusación que se intente (7 septiembre 1954, LXXVIII, pág. 568; 26 noviembre 1954, LXXIX, pág. 141; 21 octubre 1955, LXXXI, pág. 473).

Quinto cargo (segundo de la demanda de casación). Trátase de una censura por quebranto directo de la ley sustancial, en cuan-

to, no obstante que la sentencia condenó al demandado como poseedor de mala fe, no proveyó en lo tocante al abono de las que el recurrente llama "mejoras necesarias" hechas por el demandado, ni a reconocer a éste el correspondiente derecho de retención.

En el desarrollo de la tacha, dice el acusador que esas mejoras están comprobadas con la documentación acompañada a la contestación de la demanda, con la diligencia de inspección ocular, el dictamen pericial y las declaraciones aducidas al juicio. Menciona como tales, "rellenos del piso, laguna desecada, encerramiento paredes de ladrillo, edificación o mediagua levantada, acueducto, luz, etc.". Luego, comenta: "En la hipótesis de que el demandado fuese un poseedor de mala fe, tendría derecho a ser indemnizado por las mejoras necesarias (Art. 965 C. C.)... Si el Tribunal optó por condenar al demandado como poseedor de mala fe, al no prosperar su posesión adquisitiva del dominio, debió también discriminar las mejoras necesarias al tenor de los artículos 964, 965 C. C.... Por otra parte, al poseedor vencido el Art. 970 ibídem da el derecho de retener las mejoras. Fueron infringidas directamente por la sentencia acusada por no aplicación los Arts. 970 y 969... En síntesis, fueron infringidos por omisión y no aplicación al caso sub-lite, los Arts. 970, 969, 965, 964 del C. C., pues el poseedor aun cuando sea reputado de mala fe, tiene derecho a sus mejoras necesarias, debiendo ser determinadas, y a la retención de ellas en tanto no se le paguen. A este respecto, en los autos hay constancia de que la actora manifestó que estaba dispuesta a pagarle al demandado sus mejoras".

La Corte considera

La acusación, como se ve, está planteada por infracción directa de la ley que reconoce al poseedor de mala fe, vencido en reivindicación, el derecho a que se le abonen las expensas necesarias investidas en la conservación de la cosa (Art. 965) y a retener ésta, mientras el saldo correspondiente no se le pague o asegure a su satisfacción (Art. 970).

Es indiscutible que, siendo la determinación de la necesidad de las expensas una cuestión de hecho, habría que estarse al concepto que de esa necesidad se haya formado el Tribunal, a menos que tal concepto se desquicie en casación, mediante ataque eficaz por error de hecho evidente en la estimación de las pruebas al respecto, con incidencia lesiva sobre las pertinentes disposiciones del régimen de las prestaciones mutuas.

En el caso, el Tribunal, discurriendo sobre éstas, se limitó, en punto de mejoras, a expresar que al poseedor de mala fe le asiste "el derecho de reclamar solamente el pago de las **mejoras necesarias**"; pero, sin embargo de esta afirmación teórica, nada dijo en concreto de obras necesarias que hubiesen sido efectuadas por Hernández, habiéndose contentado con referirse a la regulación de las prestaciones mutuas ordenada por el juez de primera instancia, quien tampoco se pronunció sobre la hechura por parte del reo de obras que tuviesen el carácter de necesarias. En una palabra: en ninguno de los dos fallos se trató de expensas necesarias a cuyo abono tuviera derecho el demandado.

No siendo el recurso de casación una tercera instancia, cuando, en el campo de la causal primera, la sentencia de segundo grado sólo es acusada por infracción directa del derecho sustancial, esto es, independientemente de todo error en la apreciación de los medios, la Corte tiene que tomar los hechos tales como aparecen vistos por el juzgador de instancia.

Si, pues, en la especie del litigio, el Tribunal no señaló la presencia de expensas necesarias que hubiera efectuado el demandado y a que hubiera debido darse el tratamiento de los artículos 965 y 970 del Código Civil, no habiéndos hecho ataque alguno por error de apreciación probatoria, la Corte no tiene báse que le permita concluir, cual lo pretende el recurrente, que fueron violados por el sentenciador, por falta de aplicación, los dichos artículos 965 y 970.

Ni se ve cómo hayan podido quebrantarse "**por omisión y no aplicación**" los artículos 964 y 969 ibídem, en razón de los motivos en que dice fundarse el cargo. En lo que toca con el primero de estos textos, basta observar que el sentenciador (punto 6º del fallo de primera instancia confirmado por el

Tribunal) condenó al demandado al pago de los frutos civiles, a partir del año de 1949. Luego, no omitió aplicar el artículo. Y si el recurrente, equivocando los términos, hubiera entendido acusar por indebida aplicación del texto, tampoco se encuentra ésta, pues no obstante la forma un tanto genérica en que se formuló tal condena, no ordena ella nada contrario a lo que sobre el particular y en relación con el poseedor de mala fe dispone el artículo 964, por lo cual al ejecutarla tendrá que serlo en conformidad a este precepto. Y si bien el recurrente anota que en el mismo ordinal de la decisión, luego de condenar a los frutos civiles, se agregó: "las demás prestaciones de que trata el C. C.", esto que apenas sería un aditamento operante en la hipótesis de que hubiese alguna otra prestación de carácter mutuo a cargo del demandado, no quebrantaría por ningún aspecto el dicho artículo 964.

Y en lo referente al artículo 969, cabe decir que, si el Tribunal, a igual del juez a quo, tuvo al demandado como poseedor de mala fe a todo lo largo de su posesión, entonces es claro que en el régimen de las prestaciones mutuas tiene que operar este precepto, en todo lo pertinente, por lo cual, no habiendo decidido el juzgador nada que excluya su aplicación, no puede hablarse de falta de la misma.

No prospera, pues, el cargo.

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 diez (10) de septiembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y vuelva el proceso el al tribunal 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.

VENTA DE BIENES RAICES

Obligaciones recíprocas de los contratantes. — Finalidad de la perfección del acto solemne y del registro. — Efectos del registro del título. — Venta de inmuebles. — La falta de registro de la escritura no enerva la acción de resolución del contrato.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintiocho de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco).

1º Por medio de la escritura número 2657 de 7 de diciembre de 1949 de la Notaría Tercera de Cali, Francisco Botero vendió a Berta María y Mary Navarro Botero, el inmueble descrito en el citado instrumento y manifestó el vendedor: "Que hace la venta de la propiedad ya dicha por la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.oo), que declara el vendedor tener recibidos de manos de las compradoras". Expedida la copia respectiva para efectos del registro, no pudo cumplirse con éste, porque el bien objeto del contrato de compraventa estaba embargado por auto de 7 de noviembre del dicho año dictado por el Juez Quinto del Circuito y anotado el embargo el 12 de diciembre del mismo año de 1949, en el libro correspondiente.

Esta situación llevó a las compradoras a iniciar juicio ordinario de resolución del indicado contrato, "porque el vendedor no cumplió con la obligación de transferir el dominio por medio del registro, por estar embargado el inmueble, ni tampoco cumplió con la entrega real y material del inmueble vendido". Pidieron las demandantes, en consecuencia, se condene al pago en su favor de la suma de diez mil pesos con sus intereses legales desde el 7 de diciembre de 1949 hasta el día en que el pago se realice y, además, que se ordene el pago de los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, perjuicios que estimaron en la suma de quince mil pesos o los que resultaren estimados por peritos nombrados en el juicio. Solicitaron también condenación en costas.

Se señala como demandada en el juicio a María Mejía vda. de Botero, consorte sobreviviente del vendedor e instituída heredera universal por éste, según aparece demostrado en el proceso.

2º El juzgador de primera instancia decretó la resolución solicitada. De la sentencia apeló la parte demandada y el Tribunal confirmó en todo el pronunciamiento del Juez.

3º El fallo de segunda instancia analiza la situación contractual y deduce que por parte de las compradoras se cumplió con la obligación de pagar el precio, según aparece de la misma escritura, "empero el vendedor no cumplió con la tradición del bien".

Después de referirse a la situación de hecho, debidamente probada en el juicio, concluye:

"En el caso concreto se trata de un contrato bilateral. El vendedor fue requerido para que transfiriera el dominio y posesión y mediante tal formalidad se lo colocó en mora; el incumplimiento de lo pactado fue total y no se debió a fuerza mayor sino a circunstancia inductiva de culpa, consistente en un embargo decretado dentro de ejecución promovida con base en una obligación personal vencida del vendedor".

4º La demanda de impugnación.

Acusa la sentencia por violación de la ley material: "a) En los artículos 756, 1880 y 1546 del C. C., por aplicación indebida, en

cuanto se declaró la resolución de un contrato que no existía legalmente, y b) En los artículos 1524, 1857, 1741, 1758, 2673 y 1757 de la misma obra, y 630 y 635 del C. J., en cuanto, siendo aplicables al caso, no fueron tenidos en cuenta, es decir, aplicación indebida por omisión de normas".

Entiende el recurrente que el sentenciador incurrió en el error de dar como realmente celebrado el contrato, desvío que lo llevó a aplicar las normas contenidas en los artículos 756, 1880 y 1546 del C. Civil, inaplicables al caso en controversia, cuando, "no venía al caso la aplicación del artículo 1546, pues allí se habla de contratos bilaterales existentes, y la compraventa a que se refiere el proceso no existió porque no se registró, formalidad indispensable al tenor de los siguientes mandatos: artículo 1857 del C. C., sobre la manera como se perfecciona la venta de bienes raíces; los artículos 2577 y 2673 ibídem, según los cuales la mutación del dominio en los bienes raíces debe hacerse por escritura pública registrada, y la escritura sin registrar ni hace fe ni prueba la venta, y el artículo 2637 de la misma obra que determina el objeto del registro".

De esta premisa deduce la demanda del recurso la inexistencia del contrato de compraventa, porque el registro es solemnidad esencial para su validez y no ve cómo pueda declararse la resolución de un contrato que no existió legalmente. Y agrega:

"Los preceptos aplicables eran muy otros. Si el vendedor recibió el precio con base en un contrato afectado de nulidad, se pide la declaración de ésta por el comprador, a quien se le restituirá lo pagado. Si el contrato no logró realización jurídica y, por tanto no existió, el comprador puede solicitar la restitución del precio recibido por el vendedor. Con fundamento en lo mandado por el artículo 1741 del C. C., lo primero, y con base en lo prescrito por el artículo 1524 de la misma obra lo segundo".

Alrededor de este criterio construye el recurrente la demanda de casación. De modo que, en síntesis, el estado de la cuestión consiste en establecer y decidir si el contrato de compraventa de un inmueble que consta en escritura pública puede resolverse cuando no se ha logrado el registro de esa escritura en la oficina respectiva.

5º La Corte considera:

I. La venta se reputa perfecta desde que las partes convienen en el precio y en la cosa. Así lo consagra de manera general, para toda clase de bienes, el aparte primero del artículo 1857 del Código Civil. Este principio establece las siguientes excepciones: la venta de bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputa perfecta ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública. Quiere esto decir que corrida la escritura pública ésta prueba la existencia del vínculo jurídico contraído entre los contratantes y acredita la realidad de los convenios solemnes contenidos en la escritura, y, como el contrato de venta de bienes raíces es origen de obligaciones y derechos personales, perfeccionado el mencionado contrato en la forma expuesta, las partes pueden exigirse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, entre éstas, las que surgen de manera inmediata de la celebración del contrato, como el pago del precio por parte del comprador y la tradición y entrega material de la cosa por parte del vendedor, tradición que cumple el registro en el libro correspondiente y registro que supone la preexistencia de la respectiva escritura. Desde el momento del acuerdo de voluntades solemnizado en la forma gobernada por la ley, nacen para los contratantes las obligaciones primarias que el ordenamiento regula, como también las acciones para la efectividad de los derechos y obligaciones, sin que pueda alegarse y pretenderse con razón que sin el registro de la escritura "la compraventa a que se refiere el proceso no existió porque no se registró...", como lo afirma la demanda del recurso.

II. En la compra de bienes inmuebles, de servidumbres y de derechos herenciales, es preciso distinguir dos actos distintos y sucesivos: el contrato en sí mismo y el registro. La perfección del acto solemne se agota por la escritura pública. El registro efectúa la tradición del dominio. Cada uno de estos actos tiene su propia finalidad, como ya se dijo. El primero solemniza el acuerdo de voluntades y crea el vínculo de derecho y las obligaciones respectivas entre los contratantes. Verifica la tradición el segundo. Se ve por lo anterior que sería violatorio del artículo 1857 del C. Civil exigir para el per-

feccionamiento de los contratos a que esa norma se refiere, no sólo la solemnidad que de suyo ostenta la escritura pública, sino, además, su registro, instituido por el legislador como medio para transferir el dominio. Y si el contrato es perfecto y su clase o tipo el de bilateral, está protegido por las acciones previstas por el artículo 1546 del ordenamiento civil, en el supuesto, como ocurre en el presente caso, que el vendedor incumpla la obligación de transferir el dominio a que lo obliga el artículo 1880 del C. Civil.

III. Es cierto que el precepto del artículo 2673 del citado código dice que: "Ninguno de los actos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código", sin embargo, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, esta norma no puede tomarse aisladamente, bien porque, si por una parte el artículo 1857 consagra la perfección del contrato si el acuerdo de voluntades aparece en escritura pública, y es natural entonces que ligue a las partes con poder legal capaz de hacerlas cumplir sus compromisos, bien porque, en armonía con el principio consagrado por el artículo 2674: "Ningún título sujeto a registro surte efecto legal respecto de terceros, sino desde la fecha de su inscripción o registro", lo que patentiza que sí los surte entre las partes. (XLVI. 616. XLVIII. 212).

IV. De donde, la falta de registro de la escritura pública de venta de inmuebles, que es el medio para verificar la tradición del dominio, no enerva la acción de resolución de un contrato que adquirió perfección por la escritura pública, medio idóneo impuesto por la ley para el caso, y que, como así lo resolvió el Tribunal, no puede infirmarse la sentencia acusada, por tratarse de un litigio entre las partes.

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 Cali, de fecha veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida en el juicio ordinario de Berta María Navarro B., y otra contra María Mejía vda. de Botero, sobre resolución de un contrato de compraventa.

Sin costas en casación por no haberse causado.

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.

SUCESION POR TRANSMISION Y REPRESENTACION

Petición de herencia. — Alcance del Art. 1321 del C. C. — Interpretación de las súplicas de la demanda. — Diferencias entre la sucesión por transmisión y por representación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, nueve de agosto 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 Villavicencio, con fecha 6 de julio de 1962, en el juicio ordinario seguido por María Esther Rey Rojas v. de Castro y otros frente a Zilia Castro v. de Rey Rojas.

I

El litigio

Significa la demanda incoativa de este juicio: que Pablo E. Rey Rojas, a su muerte, no dejó descendientes ni ascendientes que lo heredasen; que le sobrevivieron su cónyuge, Zilia Castro de Rey, sus hermanos legítimos, María Esther Rey Rojas v. de Castro, Mercedes Rey Rojas de Cadena, Rosa María, Ernesto y Darío Rey Rojas, y sus sobrinos José Alberto, Edgar, Germán, Alfonso, Jairo Enrique y Oscar Alirio Rey Sanabria y Ligia Rey de Forero, todos éstos hijos legítimos de José Alberto Rey Rojas, hermano legítimo del causante; y que en el juicio de sucesión del mismo Pablo E. Rey Rojas, seguido en el Juzgado Civil del Circuito de Villavicencio, se le adjudicó a su cónyuge sobreviviente la totalidad de los bienes relictos, con prescindencia de los demás interesados, "unos por no haberse presentado oportunamente y otros por no haber concurrido a él".

Con estos antecedentes, los mencionados María Esther Rey Rojas v. de Castro, Mercedes Rey Rojas de Cadena, Rosa María, Ernesto y Darío Rey Rojas, José Alberto y Edgar Rey Sanabria, Ligia Rey de Forero, Germán, Alfonso, Jairo Enrique y Oscar Alirio Rey Sanabria, obrando por los cuatro últimos Concepción Sanabria v. de Rey en razón de minoridad, y representados por medio de un apoderado único, trajeron a juicio ordinario, ante el Juez Civil del Circuito de Villavicencio a Zilia Castro v. de Rey Rojas, en acción de petición de herencia, para que se decretase:

Que los demandantes tienen derecho a recoger la herencia de su hermano y tío legítimo, Pablo Rey Rojas, "hasta concurrencia de lo que en su carácter de herederos les corresponda, según las reglas de la sucesión intestada";

Que, en consecuencia, sea reformada la partición de bienes que se efectuó en el juicio de sucesión del causante, aprobada por sentencia de 30 de noviembre de 1957 y protocolizada en la Notaría de Villavicencio por la escritura número 94 de 20 de enero de 1959;

Que la demandada está obligada a restituir a los demandantes los bienes hereditarios y sus aumentos, hasta concurrencia de lo que les corresponde como herederos del finado;

Que la misma está obligada a pagarles el valor de los frutos de la herencia, en relación con lo que les cupiere, desde el día del fallecimiento del causante hasta el en que se inscriba la nueva partición de bienes o el decreto de posesión efectiva de los mismos, si es el caso, y no solamente los frutos percibidos, sino los que se hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado.

Es de anotar que en el punto 9º de los hechos de la demanda, al referir que José Alberto, Edgar, Ligia, Germán, Alfonso, Jairo Enrique y Oscar Alirio son hijos legítimos de José Alberto Rey Rojas, hermano legítimo del causante, se agrega: "En consecuencia sobrinos legítimos de éste, a quien heredan por derecho de representación".

En derecho se invocaron como disposiciones sustanciales los artículos 665, 948, 1037 y 1321 a 1326 del C. C. y las Leyes 28 de 1932 y 45 de 1936, éstas sin determinación alguna de artículos.

Sin contestación de la demanda, desenvolvióse la primera instancia, dentro de la cual se presentaron sendas copias registradas de las escrituras número 3061 de 6 de agosto de 1959, de la Notaría 7ª de Bogotá, por la cual Julio C., Ernesto y Darío Rey Rojas transfirieron a Zilia Castro de Rey Rojas los derechos que les correspondían en la sucesión de Pablo E. Rey Rojas, y número 3621 de 7 de septiembre de 1959, de la misma Notaría, por la cual se celebró un contrato de transacción entre Mercedes Rey de Cadena y Rosa María Rey Rojas, por una parte, y Zilia Castro v. de Rey Rojas, por la otra, en cuya virtud se declara terminado este litigio en cuanto hace relación a las contratantes.

En la oportunidad de alegar de conclusión, el apoderado de la demandada propuso las excepciones de ilegitimidad de personería de algunos de los demandantes y la de transacción, ésta con fundamento en la citada escritura número 3621 de 7 de septiembre de 1959.

Por la sentencia de primera instancia se proveyó, por lo general en sentido favorable a las súplicas de la demanda, menos en cuanto a los demandantes José Alberto, Germán y Alfonso Rey Sanabria, respecto de los cuales se desestimó la acción. Al efecto los ordinales 2º y 3º de la parte decisoria textualmente dicen: "**Declárase** que los demandantes **María Esther Rey Rojas Vda. de Castro, Mercedes Rey Rojas de Cadena, Rosa María Rey Rojas, Ernesto Rey Rojas, Darío Rey Rojas, Edgard Rey Sanabria, Ligia Rey de Forero y Oscar Alirio Rey Sanabria** tienen derecho a recoger la herencia que les corresponde en la sucesión de Pablo E. Rey Rojas, hermano legítimo de los cinco primeros y tío legítimo de los restantes, hasta concurrencia de lo que en su carácter de herederos les corresponda según las reglas de la sucesión intestada. Parágrafos: 1º Los derechos de los demandantes Ernesto Rey Rojas y Darío Rey Rojas serán recogidos por su cesionaria señora Zilia Castro vda. de Rey Rojas. 2º Los demandantes Edgard, Ligia y Oscar Alirio Rey Sanabria, recogerán la cuota que corresponde al heredero premuerto José Alberto Rey Rojas 'por estirpes'. **Niégase** la declaración hecha en el anterior acápite, en relación con los demandantes **José Alberto, Germán y Alfonso Rey Sanabria**".

Fuera de ello, la parte resolutiva de este pronunciamento guardó absoluto silencio respecto de la pretensión de Jairo Enrique Rey Sanabria.

Por apelación de la parte demandada, dióse lugar al segundo grado del juicio, a que recayó la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio de 6 de julio de 1962, por la cual, reformando la del inferior, se determina lo siguiente:

1º Reconocer a María Esther Rey Rojas v. de Castro el derecho de herencia en la sucesión de su hermano legítimo Pablo E. Rey Rojas, hasta concurrencia de lo que le corresponda según las reglas de la sucesión intestada;

2º "Se declara probada la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la personería de los demandantes Edgard Rey Sanabria, Ligia Rey de Forero, Oscar Alirio Rey Sanabria, José Alberto Rey Sanabria, Germán y Alfonso Rey Sanabria, en cuanto demandaron para sí y no para la sucesión ilíquida de su padre José Alberto Rey Rojas, quien era el titular del derecho y éstos heredaban por representación. En consecuencia se absuelve a la demandada señora Zilia Castro vda. de Rey Rojas de los cargos contra ella formulados por estos demandantes";

3º Reconocer a Zilia Castro v. de Rey Rojas como cesionaria de los derechos de Ernesto, Darío y Julio C. Rey Rojas, en los términos de la escritura número 3061 de 6 de agosto de 1959, de la Notaría 7ª de Bogotá, y también reconocer, en lo tocante con el derecho de las demandantes Mercedes Rey Rojas de Cadena y Rosa María Rey Rojas, el contrato de transacción celebrado con

la demandada, según la escritura número 3621 de 7 de septiembre de 1959, de la misma notaría;

4º Ordenar que se rehaga la partición en el juicio de sucesión de Pablo E. Rey Rojas;

5º Condenar a la demanda a restituir a María Esther Rey Rojas v. de Castro los bienes hereditarios, tanto corporales como incorporales, con sus aumentos posteriores a la muerte del causante, hasta concurrencia de lo que le corresponde como heredera de éste;

6ª Condenarla a pagar a la misma demandante viuda de Castro el valor de los frutos correspondientes, a partir de la contestación de la demanda, hasta el día en que se inscriba la nueva partición de bienes o el decreto de posesión efectiva de los mismos, salvo el derecho de la demanda a que se le abonen los gastos ordinarios hechos en la producción de los frutos y las expensas necesarias invertidas en la conservación de los bienes;

7º Ordenar la inscripción de la sentencia en el Registro de Instrumentos Públicos, previa cancelación del registro de la demanda; y

8º No condenar en costas.

Contra este pronunciamiento interpuso el apoderado de la parte demandante el recurso de casación.

II

Consideraciones de la sentencia del Tribunal

Como la impugnación hecha en este recurso, la contrae el recurrente de modo explícito, según se verá luego, al ordinal 2º de le parte resolutiva, transcrito atrás, solamente habrá lugar a tomar nota de aquellos conceptos del sentenciador determinantes de lo dispuesto en el ordinal susodicho.

Al efecto, el Tribunal, luego de considerar que la acción intentada es puramente la de petición de herencia de que trata el artículo 1321 del C. Civ.; que el fundamento esencial de esta acción, como lo predica la doctrina jurisprudencial, "es el derecho que tenga el demandante emanado de la calidad de heredero que compruebe como prevaleciente o simplemente concurrente respecto de la misma calidad que pretenda tener el ocupante de los bienes hereditarios"; y que la herencia de Pablo Rey Rojas le fue adjudicada en su totalidad a la demandada, procede a estudiar la legitimación en causa de los actores.

En esta tarea y en lo que toca con los demandantes Rey Sanabria, basándose en las actas de estado civil que se adujeron al juicio, encuentra: que Pablo y José Alberto Rey Rojas eran hermanos legítimos; que Pablo o sea el causante de cuya sucesión se trata, falleció "el 29 de enero de 1957 (folio 10 Cdno. 1º)"; y José Alberto "el 12 de agosto de 1957 (folio 11 Cdno. 1º); y que Ligia, Edgard y Oscar Alirio Rey Sanabria han demostrado tener la calidad de hijos legítimos del finado José Alberto Rey Rojas, hermano legítimo del causante y de consiguiente la de sobrinos legítimos de éste.

Así, pues, partiendo del punto de vista de que, según las referidas actas de defunción, Pablo Rey Rojas falleció antes que su hermano José Alberto, y atendiendo a que los hijos de éste, los Rey Sanabria, sobrinos legítimos del primero, intentaron la acción de petición de herencia personalmente para sí, como si fuesen herederos de Pablo, y no para la sucesión de su padre José Alberto, quien era el heredero de aquél, concluyó denegando la acción en cuanto a este grupo de demandantes, por falta de legitimación en la causa.

Y, para llegar a este resultado, el juzgador razonó de la siguiente manera: que "En los términos del artículo 1041 y siguientes del C. C., éstos ocupan el lugar de su padre, y heredan por representación y por estirpes, es decir, que si son varios recogen, en el caso aquí de autos, entre todos, el derecho correspondiente al de uno de los hermanos herederos"; que, como lo comprendió la madre de los Rey Sanabria, "la demanda tenía que iniciarse y pedir para la sucesión de su esposo y no a nombre de sus hijos, pues éstos ocupan el lugar de su padre y heredan por representación y por no estar liquidada la sucesión de su padre, no contaban ningún derecho en su patrimonio propio"; y que, por tanto, sin liquidar la sucesión de José Alberto Rey Rojas, se ha debido demandar para ésta, como lo indica la viuda en el poder conferido, y no

para sus hijos en su propio nombre, como lo hizo el apoderado.

III

El recurso extraordinario

El libelo impugnativo se introduce con la siguiente manifestación que fija los límites de la censura: "La presente demanda de casación se limita, como es obvio, exclusivamente al numeral segundo (2º) del fallo del H. Tribunal de Villavicencio, de fecha julio 6 de 1962", reiterando lo cual agrega luego: "Solicito se ordene casar la sentencia del Tribunal, aquí recurrida, en este numeral exclusivamente, y en su lugar dictar el fallo que corresponda..."

Situando el ataque en el campo de la causal 1ª del artículo 520 del C. J., el recurrente acusa el fallo del Tribunal por violación directa del artículo 1321 del Código Civil, cuyo carácter sustancial propugna y cuya infracción trata de demostrar en función de las alegaciones que cabe resumir así:

Que, en el caso de autos, los sobrinos del causante probaron su derecho a heredarlo, pues, siendo hijos legítimos de un hermano suyo, también fallecido, lo representaban, ocupando su lugar;

Que "la sentencia no discute ni el derecho de mis representados, ni la prueba aportada para demostrarlo (partidas de estado civil). No es ésta cuestión que entre, en consecuencia, a discutirse ni plantearse ante esa honorable Corte, en donde es exótica en este caso";

Que el Tribunal, para deconocer el derecho de los recurrentes, "acude al razonamiento de que carecen de personería sustantiva para esta acción", afirmando que "sin liquidar la sucesión de José Alberto Rey Rojas, los demandantes con el título de hijos legítimos de éste no contaban nada en su patrimonio propio, sino una expectativa hasta el momento que viniera la adjudicación, o partición de los bienes sucesorales...". Es decir, que, para el Tribunal de Villavicencio, según el acusador, mientras el reclamante de una herencia no presente liquidada la sucesión, de la cual derive su derecho, no puede reclamar éste en la forma consagrada por el artículo 1321 del Código Civil; y

Que si los recurrentes probaron, "y esto no se discute en forma alguna, que tenían derecho a la herencia, procedía, de modo indubitable, el reconocimiento de su derecho, que les otorga fundamentalmente el artículo 1321 del C. C. Y al negárselo, el Tribunal violó de modo directo, manifiesto, contundente tal artículo...", según el cual, probado el derecho a una herencia, se lo tiene consiguientemente para su adjudicación.

Consideraciones de la Corte

1. **No se controvierte la naturaleza sustancial del artículo 1321 del Código Civil, en cuanto consagra en pro de quien "probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero", la "acción para que se le adjudique la herencia y se le retribuyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños". Acción real y universal, cuyo sujeto activo ha de ser el legítimo heredero y cuyo sujeto pasivo necesario es el ocupante de la herencia con pretensión de heredero, por modo que el centro de gravedad de esta acción finca en la discusión de esa calidad.**

2. **Lo cual, por la razón misma de las cosas, se predica, no solo en relación con la totalidad de la herencia, cuando su ocupante no tiene derecho alguno sobre ella, sino también respecto de una cuota de la universalidad, cuando su poseedor, que también es heredero, excediéndose de su derecho, ha entrado a tomar para sí, a tal título, aquella cuota que no le corresponde.**

3. En el caso del pleito, el Tribunal tiene por establecido que el causante Pablo Rey Rojas falleció el 29 de enero de 1957, y su hermano José Alberto, el 12 de agosto de 1957, siendo entonces evidente que fue a José Alberto, y no a sus hijos, a quien se defirió la respectiva cuota de la herencia de Pablo. Pero, como José Alberto falleció, sin haber aceptado ni repudiado esta cuota hereditaria, quiere decir que transmitió a sus hijos el derecho de optar entre estos dos extremos, opción que, en el evento de aceptación, se traduciría necesariamente en el de-

recho de recibir la cuota de José Alberto en la herencia de Pablo; que fue lo que los Rey Sanabria suplicaron en la demanda, como sobrinos del de cujus.

4. La equivocada calificación que éstos le dieron a la especie, cuando en la proposición del hecho 9º de la demanda, luego de manifestar que "son hijos legítimos de José Alberto Rey Rojas hermano legítimo del causante, y en consecuencia, sobrinos legítimos de éste", agregaron que lo "heredan por derecho de representación", no tiene por qué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, pues que corresponde al juzgador, y no a los litigantes, definir el derecho que se discute: jura novit curia.

5. Erró el Tribunal en punto de doctrina, cuando, dado el orden cronológico, que tuvo por establecido, de las defunciones de Pablo y José Alberto Rey Rojas, estructuró su razonamiento en el fenómeno de la sucesión por representación, confundiéndolo con el de la transmisión, lo cual ha de rectificársele.

6. La sucesión por transmisión es una forma de suceder, en cuya virtud el heredero de quien fallece sin saber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, acepta tal asignación, lo que sólo puede hacer en cuanto acepte la herencia de su propio causante. Este concepto, que predica el artículo 1014 del Código Civil, indica que para suceder por transmisión se requiere que el causante en cuya sucesión se origina la asignación haya finado antes que su asignatario y que éste fallezca luego, sin haber ejercitado respecto de la misma su derecho de opción, el cual, encontrándose intacto, se transmite así a su propio heredero.

Y aunque el fenómeno se descompone en dos sucesiones distintas: la del de cujus o primer causante por su asignatario directo, y la de éste por su inmediato heredero, cada una con su contenido propio, ello no obsta para que, al ejercitar el actual heredero el derecho de opción en el sentido de aceptar la herencia deferida a su inmediato causante, quede colocado respecto de ella en la misma posición que tendría su autor si fuese éste el ejercitante de ese derecho.

7. La representación sucesoria es un modo de heredar, en cuya virtud el descendiente legítimo de un hijo legítimo o natural del causante, o de un hermano legítimo o natural de éste, sube a ocupar el lugar hereditario del dicho hijo o hermano, que no pudo o no quiso suceder (Arts. 1041, 1043 y 1044 C. Civx.). Son condiciones de esta representación: a) Que el lugar del representado esté vacante, lo que puede producirse por su muerte anterior a la del de cujus, por su indignidad para sucederle, su desheredación o por haber repudiado la herencia; b) que, si el representante no es inmediato descendiente del representado, los grados intermedios de parentesco están igualmente vacantes; y c) que el representante tenga en relación con el de cujus las condiciones personales de capacidad y de dignidad indispensables para heredarlo. Todo esto, porque, en el ámbito del fenómeno de que se trata, el representante no es sucesor del representado, sino tan sólo del causante, desde luego que han padecido eclipse todos los grados que se interponían entre éste y quien le sucede por representación, el cual se constituye entonces en su causahabiente inmediato. La representación es así un derecho propio del representante, que lo legitima para ocupar el puesto que ha dejado vacío el representado en la sucesión del difunto. De aquí que se pueda representar, no sólo al premuerto, sino al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto. Y más aún: que se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado (1044).

8. Si el razonamiento del sentenciador en punto de representación sucesoria no se acomoda al caso del pleito, tampoco acertó al desconocerle al pedimento de los Rey Sanabria el alcance jurídico que realmente tiene, porque si ellos pidieron como sobrinos del causante, —calidad que únicamente acreditaron Ligia, Edgard y Oscar Alirio—, quiere decir que relacionando esta súplica, así con el hecho 9º de la demanda, en donde se afirma que "son hijos legítimos de José Alberto Rey Rojas hermano legítimo del causante, y en consecuencia sobrinos legítimos de éste, a quien heredan por derecho de representación", como con las fechas de los fallecimientos de Pablo y José Alberto Rey Rojas tomadas por el Tribunal de las partidas que se acompañaron a la demanda,

resulta que estos tres demandantes, sin embargo del error en que incurrieron en cuanto a la calificación jurídica sobre el modo de suceder, lo que no afecta su pretensión, no hicieron sino, aceptando implícitamente la herencia de su autor José Alberto, pedir para si lo que por transmisión recibieron de éste o sea la cuota hereditaria del mismo en la sucesión del causante Pablo Rey Rojas. Ciertamente el derecho de José Alberto para suceder a su hermano legítimo Pablo, lo estatuía el artículo 21 de la Ley 45 de 1936, y el de los Rey Sanabria para suceder a su padre legítimo José Alberto en la facultad de aceptar la cuota de éste en la herencia del causante Pablo y tomar, en tal virtud, la referida cuota, se fundaba en los artículos 18 de la misma Ley y 1014 del C. Civ. Por lo tanto, el Tribunal al denegar la acción de petición de herencia en lo tocante con Ligia, Edgard y Oscar Alirio Rey Sanabria, infringió el artículo 1321 ibídem.

9. Prospera, pues, el recurso, en cuya virtud habrá lugar a infirmar el fallo del segundo grado, dentro del radio a que se contrajo la censura.

IV

La sentencia de reemplazo

Sobre la base de la estimación del acervo probatorio hecha por el sentenciador y que fue admitida por el recurrente, la Corte, obrando como Tribunal de instancia, se concretará a sustituir la decisión recurrida por otra que, sin modificar las determinaciones de aquélla, con que no toca el recurso, y que incluya, por lo tanto, la sustancia íntegra de tales determinaciones, otorgue a la vez las súplicas concernientes a la petición de herencia deducidas por parte de Ligia, Edgard y Oscar Alirio Rey Sanabria, según lo que en derecho corresponda.

Pero, no siendo dable romper la unidad del pronunciamiento, que desde luego tiene puntos comunes para los herederos triunfantes en la acción, se reajustará su articulado de modo que ofrezca en su presentación la conveniente uniformidad.

Como la sentencia de primera instancia desestimó la acción en cuanto a los demandantes José Alberto, Germán y Alfonso Rey Sanabria y no fue apelada por éstos, es claro que respecto de los mismos quedó ejecutoriada, y, por lo tanto, el pronunciamiento que ahora se dicte tendrá que limitarse a confirmar la negativa que a la acción de estos tres últimos impartiera el Juez del Circuito.

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, CASA la sentencia de segunda instancia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Villavicencio, con fecha seis (6) de julio de mil novecientos sesenta y dos (1962), y, como juzgador de instancia,

Resuelve

Refórmase la sentencia de primer grado dictada por el Juez Tercero (3º) Civil del Circuito de Villavicencio, el día treinta (30) de agosto de mil novecientos sesenta y uno (1961), cuya parte resolutiva se sustituye, en consecuencia, por las siguientes determinaciones:

1ª Reconócese a María Esther Rey Rojas vda. de Castro, el derecho de herencia que tiene en la sucesión de Pablo E. Rey Rojas, en su carácter de hermana legítima del causante, hasta concurrencia de lo que en tal calidad le corresponde, según las reglas de la sucesión intestada;

2ª Reconócese a Ligia Rey Sanabria de Forero, Edgard Rey Sanabria y Oscar Alirio Rey Sanabria, el derecho de herencia que tienen en la sucesión de Pablo E. Rey Rojas, por transmisión de su padre legítimo José Alberto Rey Rojas, hermano legítimo del causante, cuya cuota recogerán por partes iguales los mencionados Edgard, Ligia y Oscar Alirio Rey Sanabria;

3ª Declárase que la demandada Zilia Castro vda. de Rey Rojas es cesionaria de los derechos de Ernesto Rey Rojas, Darío Rey Rojas y Julio C. Rey Rojas, en la sucesión de Pablo E. Rey Rojas, en los términos de la escritura número tres mil sesenta y uno (3.061) de seis (6) de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), otorgada en la Notaría Séptima (7ª) del Circuito de Bogotá; y en lo tocante con los derechos de Mercedes Rey Rojas de Cadena y Rosa

María Rey Rojas en la misma sucesión, estése a los términos de la transacción celebrada por ellas con la demandada mediante la escritura número tres mil seiscientos veintiuno (3.621) de siete (7) de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), de la misma Notaría;

4ª Ordénase que, teniendo en cuenta las anteriores determinaciones, se rehaga la partición de bienes en el juicio de sucesión de Pablo E. Rey Rojas, cuyo expediente fue protocolizado en la Notaría del Circuito de Villavicencio por medio de la escritura número noventa y cuatro (94) de veinte (20) de enero de mil novecientos cincuenta y ocho (1958);

5ª Condénase a la demandada Zilia Castro vda. de Rev Rojas a restituir a los demandantes María Esther Rey Rojas vda. de Castro, Ligia Rey Sanabria de Forero, Edgard Rey Sanabria y Oscar Alirio Rey Sanabria, los bienes de la herencia de Pablo E. Rey Rojas, tanto corporales como incorporales, y los aumentos que hayan tenido con posterioridad a la muerte del causante, todo ello hasta concurrencia de lo que a éstos demandantes corresponda en la dicha sucesión, por razón de sus respectivas cuotas hereditarias, con arreglo a las determinaciones primera (1ª) y segunda (2ª) de este proveído;

6ª Condénase a la misma Zilia Castro Vda. de Rey Rojas a pagar a los dichos María Esther Rey Rojas Vda. de Castro, Ligia Rey Sanabria de Forero, Edgard Rey Sanabria y Oscar Alirio Rey Sanabria, en las proporciones correspondientes a sus respectivas cuotas hereditarias, el valor de los frutos naturales y civiles de la herencia a partir de la contestación de la demanda hasta el día en que se inscriba la nueva partición de bienes o el decreto de posesión efectiva de los mismos, en relación con lo que a estos demandantes les cupiere en el nuevo reparto, y no solamente los frutos percibidos sino los que hubieren podido percibir con mediana inteligencia y actividad (artículo 964 del C.C.). La demandada tiene derecho a que se le abonen los gastos ordinarios efectuados en la producción de los frutos y las expensas necesarias hechas en la conservación de los bienes. Unos y otras se regularán por los trámites del artículo 553 del Código Judicial;

7ª Deniégase la acción en lo que respecta a los demandantes José Alberto Rey Sanabria, Germán Rey Sanabria y Alfonso Rey Sanabria;

8ª Ordénase inscribir esta sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Villavicencio, previa cancelación del registro de la demanda. Líbrense los oficios del caso; y

9ª Condénase a la demandada en las dos sextas (2/6) partes de las costas de la primera instancia, así: una sexta (1/6) parte que pagará a María Esther Rey Rojas Vda. de Castro y una sexta (1/6) parte que pagará por cuotas iguales a Ligia, Edgard y Oscar Alirio Rey Sanabria.

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

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretaro.



BOLSA DE VALORES - PRESUNCION DE CULPA

Responsabilidad extracontractual.— Situación jurídica de los Miembros de la Bolsa. —Se reiteran las doctrinas contenidas en los fallos de 17 de febrero y 11 de mayo de 1964.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, once de agosto de mil novecientos sesenta y cinco.
(Magistrado Ponente: Doctor Ignacio Gómez Posse).

Ordinario de Renato Taddei y otros contra la Bolsa de Bogotá, S. A.

Se desata el recurso de casación interpuesto por la parte actora en el juicio contra la sentencia del 2 de mayo de 1964 proferida por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial y mediante la cual se confirmó la sentencia del inferior proferida por el Juzgado 3º Civil del Circuito.

Esta sentencia se remató con las siguientes conclusiones:

"1ª Negar las declaraciones y condenas que solicitaron los señores Renato Taddei, Luis (Luigi) Marengón y Giordano Zollia se hicieran contra la 'Bolsa de Bogotá S. A.', en las demandas de que da cuenta la parte motiva de este fallo.

"2ª Consecuencialmente absolver a la Bolsa de Bogotá S. A. de los cargos que contra ella formularon dichos demandantes en los libelos referidos.

"3ª Las costas del presente juicio son de cargo de los demandantes por partes iguales".

Los actores contra "Bolsa de Bogotá S. A.", fueron los señores Renato Taddei, (Luigi) Marengón y Giordano Zollia; esas tres demandas fueron acumuladas y las declaraciones que se impetran en los respectivos libelos se sintentizan por el Tribunal así:

"1ª Que la Bolsa de Bogotá es civilmente responsable por culpa extracontractual, del incumplimiento de los contratos que su miembro, señor Carlos Gómez Vargas celebró con Renato Taddei, con la Sociedad Italiana de Asistencia Mutua en Colombia, de cuyos derechos es cesionario el demandante Luis (Luigi) Marengón, y con Giordano Zollia, referente a las operaciones que recogen las liquidaciones de Bolsa que por su número, fecha y cuantía se determinan en las respectivas demandas.

"2ª Que la Bolsa de Bogotá S. A. debe resarcir los perjuicios causados a los demandantes por el incumplimiento de su corredor, agente o miembro, señor Carlos Gómez Vargas.

"3ª Que la sociedad demandada debe pagar a los demandantes Renato Taddei, Luis Marengón y Giordano Zollia las cantidades de $ 95.540.00, $ 15.948.00 y $ 10.950.01, respectivamente, correspondientes a las sumas de dinero y valores que Gómez Vargas recibió de ellos de acuerdo con los contratos celebrados y que no los restituyó.

"4ª Que la Bolsa de Bogotá S. A. debe pagar a los demandantes los intereses de esas sumas desde cuando Gómez Vargas recibió el dinero y los valores mencionados hasta cuando se haga el pago. Y

"5ª Que se condene a la entidad demandada en las costas del juicio".

Los hechos afirmados por los demandantes como fundamento de sus pretensiones se hallan resumidos en la sentencia de primer grado, así:

"1º Los señores Renato Taddei, Giordano Zollia y Luis (Luigi) Marengón, éste como representante de la Sociedad Italiana de

Asistencia Mutua de Colombia, buscaron los servicios 'profesionales como Corredor y Miembro de la Bolsa de Bogotá S. A. del señor Carlos Gómez Vargas', quien se obligó en la calidad dicha a lo siguiente:

"a) A adquirir para Renato Taddei en la Bolsa de Valores acciones de la Compañía Colombiana de Tabaco por valor de $ 95. 540.00, suma ésta de dinero que el señor Carlos Gómez Vargas recibió del doctor Taddei entre los días 15 y 16 de febrero de 1955.

"b) A vender en dicha Bolsa de Valores los lotes de Bonos Pro-Urbe del Municipio de Bogotá, que el señor Giordano Zollia le entregó al citado corredor para dicho efecto, el 29 de marzo y 1º de abril de 1955.

"c) A adquirir para la Sociedad Italiana de Asistencia Mutua de Colombia bonos Pro-Urbe del Municipio de Bogotá, para lo cual recibió dicho señor Gómez Vargas del señor Marengón, representante de dicha sociedad, las siguientes cantidades de dinero: $ 5.480.00 el 4 de marzo de 1955; $ 5.485. 00, el 5 de marzo del mismo año y $ 5.480.00 el siete del mismo mes y año.

"2º El señor Carlos Gómez Vargas incumplió con las obligaciones que le imponían los contratos dichos, pues no entregó a Taddei las acciones que se comprometió a pagar, ni el dinero que de él recibió; no ha entregado a la Sociedad de Asistencia Mutua los Bonos Pro-Urbe que ofreció adquirir para ella, ni le ha reintegrado el dinero que de ella recibió. Y en cuanto al contrato que celebró con Giordano, tampoco cumplió el citado Gómez Vargas con la obligación de entregarle la suma de dinero por concepto del precio de los Bonos que el primero entregó al segundo para que fueran vendidos en la Bolsa de Valores, ya que el cheque con que Gómez Vargas pagó ese precio resultó sin fondos.

"3º La Sociedad Italiana de Asistencia Mutua en Colombia, cedió por medio de documento de fecha 3 de septiembre de 1955, a Luis (Luigi) Marengón 'todos los derechos y acciones que a ella cupieran contra Carlos Gómez Vargas y la Bolsa de Bogotá, por concepto del negocio de los $ 29.000.00, en Bonos Pro-Urbe... y así quedó subrogado activamente el señor Marengón de la suma de $15.000.00 más las acciones respectivas'.

"4º Por la época en que los demandantes celebraron los contratos anteriormente vistos con el señor Carlos Gómez Vargas, éste era miembro de la Bolsa de Bogotá, tenía un puesto en ella 'como propietario, y había sido oportunamente aceptado por ella como tal, mediante la inscripción y acta correspondiente'.

"5º Con posterioridad a las negociaciones relacionadas en el hecho primero, el señor Carlos Gómez Vargas fue declarado en quiebra, pero la Entidad Demandada sabía desde los primeros días del año de 1955 de la mala situación económica y de toda índole de su agente, y a pesar de ello no procedió a suspenderlo como miembro de la Bolsa de Valores, 'sino que permitió que él siguiera acudiendo a las Ruedas de la Bolsa y continuara el voluminoso número de negocios que diariamente venía realizando como corredor de la Institución'.

"6º La Bolsa de Bogotá S. A., según rezan sus estatutos originarios y los que posteriormente los han modificado, se estableció para lo siguiente:

"Proteger al público invertido en sus compras y ventas de valores por medio del patrón efectivo del precio que suministra diariamente la Bolsa; para 'regularizar, proteger y vigilar las actuaciones de los Miembros de la Bolsa'; para 'mantener elevadas normas de honor comercial y probidad entre los miembros de la Bolsa, e infundir justos, equitativos e imparciales principios mercantiles' y a pesar de esos buenos propósitos, dejó que el Agente-Corredor Carlos Gómez Vargas, hiciera de las suyas, engañara a viudas y huérfanos, a comerciantes honestos y al público en general, parapetado tras de su carácter de Corredor de la Bolsa de Bogotá, y por ser miembro de ella en verdad'.

"7º 'La Bolsa, por omisión de diligencia', contribuyó a que las operaciones que se relacionan en las tres demandas se consumaran y a que su agente Carlos Gómez Vargas, 'engañara y estafara' a los demandantes, sacándoles dineros para compra de acciones, que no les ha entregado, o haciéndose entregar acciones cuyo precio intentó cancelar con un cheque sin fondos.

"8º 'La Bolsa de Bogotá S. A. cometió culpa extracontractual civil, al no impedir que

su agente, señor Carlos Gómez Vargas, con la calidad de tal, concurriera a las Ruedas y participara como aparente hombre honorable en los negocios y edificio de la Bolsa, en Bogotá, realizara actos engañosos al público y a sus clientes'.

"9º 'Una mayor vigilancia que hubiera tenido la Bolsa de Bogotá S. A., para con su agente, el señor Carlos Gómez Vargas, habría evitado la actuación fraudulenta y dolosa del Corredor Carlos Gómez Vargas', y los demandantes 'entre otros' no hubieran sido perjudicados pecuniariamente como lo fueron, perdiendo los dineros que le entregaron para la compra de acciones o el precio de éstas cuando ellas fueron entregadas a dicho señor para su venta.

"10. La Bolsa de Bogotá, S. A., jamás ha anunciado que no responde por las actuaciones de sus Agentes, Miembros y Corredores, y sí —por el contrario— ha dado a entender siempre que ella y ellos no son una misma cosa y que, consecuencialmente, su responsabilidad pecuniaria y su solvencia moral protegen a aquéllos y les cubren en todo sentido. Es así como en sus estatutos no aparece por ninguna parte limitación o salvedad de responsabilidad alguna; en los avisos que la Bolsa ha venido poniendo en los Directorios Telefónicos Pág. 26 del de 1953 y 33 del de 1955, existe uno claro, neto y preciso sobre esa responsabilidad y allí se dice entre otras cosas lo siguiente:

'**Interesa a los inversionistas y negociantes en valores:** Por diversas causas el personal de **miembros de la Bolsa** puede variar y por esta circunstancia es importante averiguar por cualquiera de los teléfonos 18050, 18051, 18052 y 18053, si determinado comisionista es o no **miembro de la Bolsa.**

'Los **miembros de la Bolsa** están sometidos al control de la Institución, tienen constituidas garantías para responder de su cumplimiento y son los únicos que pueden entregar a su cliente **comprobantes oficiales de transacción**, documento que debe exigirse siempre, pues en él consta la fecha en que se celebró la operación, el precio, comisión correspondiente, plazo y demás condiciones del negocio.

'La tarifa de la Bolsa de Bogotá es la más módica que la que rige en otras instituciones similares y ha sido aprobada por la Superintendencia Bancaria. Los miembros tienen la obligación de cobrar a su clientela la comisión estipulada en la tarifa vigente y por ningún concepto, ni directa ni indirectamente, podrán aumentarla o rebajarla, so pena de las sanciones reglamentarias.

'Para evitarse dificultades y perjuicios, ocupe usted siempre a un miembro de la Bolsa de Bogotá, quien por estar bajo la inspección de la institución dará a usted las mayores garantías en cuanto a la verdad de los precios y al cumplimiento de sus compromisos'.

"11. 'De todo negocio que haga un corredor o miembro de la Bolsa, recibe ella un porcentaje apreciable, o sea que de la comisión que se carga al vendedor, por ejemplo, de valores la Bolsa recibe una cuota.

"12. 'La Bolsa de Bogotá S. A., no actúa en las negociaciones bursátiles por sí misma, sino a través de sus Agentes o Corredores, pues son ellos y no el gerente titular de la Bolsa, quienes dan acceso al público y a quienes con él tienen contacto, en las dos ruedas diarias y en la legalización posterior de cada negocio; asimismo, los Agentes no poseen local propio en que colectivamente hagan sus negociaciones bursátiles, sino que ellas se realizan en el Salón de Ruedas del cual es dueña la Bolsa de Bogotá S. A.'

"13. Los miembros de la Bolsa de Bogotá S. A., utilizan los membretes que les da dicha entidad, iguales a los acompañados a dos de las demandas, para escudar todas las negociaciones que ellos celebren.

"14. 'Las operaciones que bajo el nombre de "Cruzadas" realizan los Corredores, o sea cuando el miembro de la Bolsa es a un mismo tiempo vendedor de un valor y encargado para la compra del mismo, llevan las mismas garantías y formularios que las otras operaciones, causan siempre comisión en favor del Corredor y éste le hace partícipe a la Bolsa en los términos de sus reglamentos internos'.

"15. Varias semanas después de que los demandantes celebraron con Carlos Gómez Vargas los negocios de que da cuenta el hecho primero, aquél fue declarado en quiebra y no obstante que la sociedad deman-

dada sabía con anterioridad que dicho señor se encontraba en mala situación económica, le permitió que actuara en la Bolsa de Valores, con lo cual incumplió dicha sociedad con la obligación estatutaria 'de vigilar las actividades de su Agente'.

"16. 'La Bolsa de Bogotá S. A. suspendió a su Corredor o Agente, tan sólo el 5 de abril de 1955, y la quiebra, negocios descabellados, cheques sin fondos, letras insolutas, engaños de uno y otro lado por parte de Gómez Vargas se habían realizado, semanas y meses anteriores, sin que la Bolsa interviniera para nada, ni evitara esta catástrofe económica'.

"17. La Bolsa de Bogotá S. A. se hizo parte en el juicio de quiebra del señor Carlos Gómez Vargas.

"18. 'La Bolsa mantiene un fondo especial para atender al incumplimiento de sus Agentes o Corredores".

La entidad demandada por medio de apoderado se opuso a las pretensiones de los actores y negó gran parte de los hechos que le sirven de fundamento. Posteriormente el señor apoderado de la sociedad solicitó el pronunciamiento de un fallo inhibitorio por falta de presupuesto procesal de demanda en forma el que hace consistir en el hecho de haberse acumulado indebidamente las acciones de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, lo que según la parte demandada impide al fallador desatar la controversia.

El Tribunal hace un detenido estudio al respecto para llegar a la conclusión de que "no cabe duda, por tanto, que la única acción ejercida por los demandantes es la de responsabilidad por culpa extracontractual de la Bolsa de Bogotá S. A. y que, por lo mismo no existe indebida acumulación de acciones ni, consiguientemente, falta del presupuesto procesal de demanda en forma", conclusión ésta a la cual había llegado también el fallador de primera instancia.

La sentencia acusada

El fallador de instancia hace un detenido estudio para llegar a la conclusión de que la acción ejercitada por los demandantes es la de responsabilidad por culpa extracontractual; sobre este presupuesto no hay lugar a tacha alguna en el recurso de casación. Y aceptado este planteamiento, el Tribunal entra a estudiar los motivos de la demanda y al efecto expone:

"De dos clases son los hechos culposos que se atribuyen a la sociedad demandada según se desprende de las afirmaciones contenidas en las demandas acumuladas y de los alegatos presentados por el señor apoderado de los demandantes: por omisión y por acción. Se hace consistir los primeros en la falta de vigilancia y control, por parte de la Bolsa, tanto de la conducta del señor Carlos Gómez Vargas en su condición de miembro de dicha institución como de las denominadas operaciones "cruzadas"; y los segundos en la publicación que hizo la Bolsa de un aviso en el Directorio Telefónico de Bogotá, referente a las garantías que en cuanto al cumplimiento de los compromisos tiene para los inversionistas el hecho de ocupar a un miembro de la Bolsa de Bogotá para sus operaciones bursátiles.

"Importa, de consiguiente, examinar si tales hechos se hallan probados de manera plena y completa según la ley, tal como lo exige el artículo 593 del C. J. Empero, como el señor abogado recurrente ha venido sosteniendo que en toda acción de responsabilidad pesa sobre el demandado la presunción de culpa y que, por consiguiente, le basta al actor demostrar que el daño lo ocasionó el demandado para que se tenga por cierto que se causó por su culpa, a menos que logre desvirtuar esa presunción, debe dejarse previamente definido a quién incumbe, en el caso sub-lite, la carga de la prueba.

"Según lo tiene establecido de manera reiterada tanto la doctrina como la jurisprudencia, el Título 34 del Libro 4º del C. C., que regula en nuestro derecho la responsabilidad por culpa extracontractual, se divide por materias en tres grupos: el primero, constituido por los artículos 2341 a 2345, contiene los principios generales de la responsabilidad por el hecho propio denominada responsabilidad directa; el segundo, integrado por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352, disciplinan la responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otra, conocida con el nombre de responsabilidad por el hecho ajeno; y el tercero, formado por los ar-

tículos 2350 a 2355, regula la responsabilidad por el hecho de cosas animadas o inanimadas. La de estos últimos grupos recibe el nombre de responsabilidad indirecta.

"Cada uno de estos tres grupos —ha dicho la Corte— contempla situaciones distintas e inconfundibles, de manera que no es posible, por ejemplo, resolver problemas relativos al tercer grupo con las normas del segundo. El derecho común de la responsabilidad está contenido en las reglas que gobiernan el primer grupo. Es apenas natural que el que ha cometido un delito o culpa, el que ha inferido daño a otro, indemnice a la víctima. Este es el hecho directo producto de la actividad personal de los individuos.

"Pero fuera de esta responsabilidad directa, hay otra que no por indirecta es menos eficaz, en virtud de la cual estamos obligados a responder del hecho dañoso de personas que están bajo nuestra dependencia, o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda o custodia nos compete. Esta ya es una responsabilidad de carácter excepcional porque no proviene inmediatamente del acto personal del interesado, sino de presunciones de culpa que la ley establece en contra del responsable, culpa que consiste en la falta de vigilancia o en una mala elección. Cierto que en estas faltas hay una culpa, pero esta no es la causa próxima del daño. La causa próxima del daño reside en el hecho del hijo, del pupilo, del demente, del empleado, del animal o la cosa, mas como la actividad de dichas personas o el hecho del animal o de las cosas debe estar sometido al control y vigilancia de otra persona, la ley presume la culpa de éste, sin la cual el daño no se hubiera ocasionado". (G. J. To. 48, Pág. 27).

"La presunción de culpa opera, por consiguiente, en los casos de responsabilidad indirecta: por el hecho de otro o por el de las cosas animadas o inanimadas. No tiene cabida en el de la responsabilidad personal, a menos que el daño se haya causado en el ejercicio de una actividad peligrosa, tal como lo establece el artículo 2356 del C. C. En consecuencia, tratándose de la responsabilidad directa que regula el artículo 2341 incumbe al actor probar los tres elementos que estructuran la acción de responsabilidad: culpa, daño y vínculo de causalidad entre aquélla y éste".

El fallador para respaldar su criterio cita algunos conceptos expuestos por el doctrinante doctor Pérez Vives en su obra "Teoría General de las Obligaciones" (Vol. 2º, Pág. 326).

Y continúa el fallo:

"Interesa, por lo que se deja dicho, precisar si la responsabilidad que se pretende deducir a la Bolsa de Bogotá S. A. encaja dentro del primero de los grupos mencionados —el del hecho propio— o dentro del segundo —el del hecho ajeno—, a fin de establecer si la parte actora está o no obligada a probar la culpa de la sociedad demandada. Debe, desde luego, descartarse por razones obvias, la hipótesis de la responsabilidad por el hecho de las cosas y de la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas.

"Pues bien. La cuestión referente a la subordinación o dependencia en que pudieran encontrarse los miembros de la Bolsa respecto de la sociedad demandada fue resuelta negativamente por la Corte en sentencia de reciente data, proferida en el juicio ordinario de Isabel Uribe de Corpas y Mercedes Uribe de Grajales contra la Bolsa de Bogotá S. A.

"En efecto. Luego de examinar la Corte el objeto social de la Bolsa de Bogotá S. A., de estudiar los fines del establecimiento denominado Bolsa de Valores, de precisar la manera como se desarrollan las operaciones bursátiles y de determinar los derechos y obligaciones de los llamados miembros de la Bolsa, todo a la luz de la escritura de constitución de la sociedad, de sus estatutos y del reglamento de la Bolsa de Valores aprobado por la Superintendencia Bancaria el 31 de julio de 1939, expresa:

"Para ser miembro de la Bolsa, esto es, para intervenir en el mercado de Valores y Títulos de Crédito, se requiere comprar un puesto en ese establecimiento, tener por lo menos 1.200 acciones en la Sociedad Empresaria, obtener la admisión del Consejo Directivo de ésta y someterse al reglamento de la misma institución. Obvio es que estos factores y requisitos crean vínculos jurídicos entre esa Compañía y los Miem-

bros de la Bolsa, pero por sí solos tales nexos no revisten a éstos de la calidad de agentes funcionarios empleados o subalternos de aquella sociedad (se subraya) y mucho menos cuando ejercen su oficio de Corredores de Bolsa, porque, no teniendo dicha entidad esta función, mal podría disponer de subordinados que la desempeñan en su nombre y lugar. Los miembros de la Bolsa se hallan en verdad jurídicamente vinculados al establecimiento llamado Bolsa de Bogotá y a la Sociedad Empresaria de esa Institución, pero no con el carácter de empleados o Agentes de la Compañía. Su actividad de comprar y vender valores la realizan en el establecimiento nombrado, pero no en lugar y a nombre de la Sociedad, sino con independencia de ésta y por cuenta de sus respectivos clientes, o sea de los particulares interesados en adquirir o enajenar esos valores'.

"Ahora bien: Si para que exista la responsabilidad por el hecho de otro se requiere que la persona que causó el daño esté bajo la autoridad, poder de dirección, o subordinación del civilmente responsable, y si los miembros de la Bolsa no son empleados o subalternos de la Bolsa de Bogotá S. A., si su actividad de comprar y vender valores la realizan con independencia de dicha sociedad, síguese que no encaja la responsabilidad que pretende deducírsele a la Bolsa en el segundo de los grupos a que se hizo referencia, sino en el primero, o sea en el de la responsabilidad por el hecho propio. Así lo entendió igualmente el a-quo cuando dijo:

"'Las personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad simple o compleja, directa o indirecta, según que se les llame a responder por un hecho personal de ellas, es decir de sus órganos, o de un acto que no tiene esa calidad. En los casos que se contemplan en este proceso se acusa a la entidad demandada de no haber impedido o prohibido la celebración de unos contratos, no obstante tener los medios necesarios para ello. En sentir de los demandantes si esa prohibición se hubiera hecho efectiva, con lo cual la Bolsa de Bogotá S. A. habría dado cumplimiento al reglamento de la Bolsa de Valores y de Cambio, los contratos no se hubieran celebrado, y por lo tanto, no se habrían causado los perjuicios que se detallan en los libelos. Como se observa, a la sociedad en referencia se le llama a responder de un hecho propio de ella, del incumplimiento de sus propios deberes, de la violación de sus estatutos y del reglamento del mercado de Valores, razón por la cual la responsabilidad de ella es directa, y como las actividades de la Bolsa de Bogotá S. A., no pueden catalogarse como peligrosas, su comportamiento frente a los hechos que se detallan en las demandas debe ser examinado de acuerdo con lo que establece el artículo 2341 del C. C.".

De lo expuesto deduce el sentenciador que la norma aplicable al caso objeto de la litis es la que regula el artículo 2341 del Código Civil que, en consecuencia, la parte actora debe probar los hechos constitutivos de la culpa pues la ley no la presume en el supuesto del mencionado precepto. Y al llegar a esta conclusión entra a examinar si la parte actora en el juicio cumplió "con el onus probandi" que le incumbía de acreditar los hechos culposos que le impugna a la sociedad demandada, comenzando por vía de método con los que implican actos de omisión, así:

"a) Falta de vigilancia de las actividades de Carlos Gómez Vargas como miembro de la Bolsa de Bogotá S. A.", pueden resumirse así:

Sintetiza los hechos culposos imputados a la sociedad demandada en tres numerales cuyo estudio y crítica hace en la siguiente forma:

"Mediante la escritura número 1702 de 23 de noviembre de 1928 otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá, se constituyó la Sociedad Anónima denominada "Bolsa de Bogotá S. A.", con el objeto, entre otros, de establecer en Bogotá una Bolsa de Valores y de Cambio, dictar los reglamentos generales de la misma y establecer un martillo para efectos públicos y de comercio, y otros bienes muebles.

"Dicha Sociedad creó y tiene organizado un establecimiento denominado Bolsa de Valores de Bogotá que tiene como fines principales los siguientes, según se expresa en el reglamento respectivo; ofrecer a sus miembros un lugar de reunión para tratar toda clase de negocios lícitos y en especial

los relacionados con la compra y venta de valores mobiliarios, de monedas extranjeras, papeles de crédito, etc.; mantener el funcionamiento de un mercado bursátil debidamente organizado, que ofrezca a los inversionistas y negociantes en valores y al público en general las garantías de seguridad, honorabilidad y corrección indispensables a esta clase de negocios; establecer la cotización efectiva de los valores mobiliarios mediante la publicación diaria de las operaciones efectuadas y de los precios de oferta y demanda que quedan vigentes al cierre de las ruedas; velar por el estricto cumplimiento de las transacciones, de acuerdo con los términos y condiciones pactados formalmente y dentro de las normas reglamentarias; dar testimonio de las operaciones celebradas por los miembros mediante certificado expedido para cada una de ellas, certificación que será autorizada con las firmas de los contratantes y del Gerente y que contendrá el siguiente detalle: fecha de la transacción, la cantidad y nombre de los objetos negociados, el plazo fijado para su cumplimiento y las demás condiciones estipuladas.

"Los miembros de la Bolsa pueden ser personas jurídicas o naturales, y para adquirir esa calidad se requiere tener capacidad para ejecutar actos de comercio, ser propietario de un puesto en la Bolsa y de 1.200 acciones en la sociedad, gozar de buena reputación, no haber sido concursado ni condenado en causa criminal ni haber sido expulsado de otra institución similar. Son admitidos por el Consejo Directivo mediante los trámites que señala el reglamento y toman posesión ante el Gerente y el Secretario. Para que entren a realizar sus actividades en la Bolsa han de entregar a ésta el certificado sobre propiedad de su puesto en ella y las 1.200 acciones de la sociedad. Tales títulos se denominan "garantías generales" y su entrega tiene por objeto respaldar toda clase de compromisos adquiridos por el miembro de la Bolsa o por sus dependientes, para con la institución o por medio de ella, por transacciones bursátiles, préstamos de dinero o de valores, fianzas, descuentos, anticipos sobre consignaciones para la venta, u otras operaciones análogas celebradas con la Bolsa o con intervención de ella. Existen, además, las llamadas "garantías especiales" que constituyen los miembros con el fin de asegurar el cumplimiento de las operaciones que realicen a plazo.

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

"Los miembros de la Bolsa son profesionales del comercio cuya actividad consiste en servir de intermediarios entre el comprador y el vendedor de valores, facilitándoles, como afiliados a la Bolsa, sus operaciones bursátiles. Las operaciones que se les encarga realizar las llevan a cabo en nombre propio, aunque como mandatarios de sus clientes, cuyos nombres no pueden revelar. Son, por consiguiente, verdaderos mandatarios sin representación. Dado el carácter con que obran surgen para ellos dos clases de vínculos u obligaciones: las emanadas del contrato de comisión para comprar o vender que celebran con el cliente que los ha escogido, y las que surgen del contrato de compraventa, que, en nombre propio concluyen con otro u otros Miembros de la Bolsa, los que, a su turno, actúan también en nombre propio pero como mandatarios sin representación del cliente que los comisionó para vender o comprar.

"El contrato de comisión entre el cliente y el Miembro se realiza, obviamente, sin intervención de la Bolsa de Bogotá S. A., pues para ella permanece desconocido. En él sólo son partes el cliente que confiere la comisión y el Miembro o Agente de Cambio que la recibe. Del incumplimiento de las obliga-

ciones a cargo del mandatario responde éste únicamente y, en consecuencia, la acción de responsabilidad ex contractu sólo contra él puede hacerse efectiva.

"En el contrato de compraventa que se celebra en cumplimiento del de comisión, son partes los dos Miembros que, en nombre propio, figuran como vendedor y como comprador. De esta suerte, el cliente de cada Miembro carece de acción para exigir directamente del otro Agente el cumplimiento del contrato o el resarcimiento de perjuicios por el incumplimiento, y con mayor razón, para enderezar contra la Bolsa una cualquiera de las acciones nacidas de este contrato, el cual es para ella res inter alios acta.

"En relación con esta clase de contratos que se celebran entre los Miembros de la Bolsa, el reglamento faculta a la sociedad para realizar por conducto de sus órganos, tres clases de funciones a saber: policiva, arbitral y de registro. En desarrollo de sus funciones policivas preside las reuniones del mercado de valores para mantener el orden y hacer cumplir las disposiciones del reglamento; en virtud de la función arbitral dirime las controversias que se susciten entre los Miembros acerca de la existencia de una operación, sobre su cantidad, precio, plazo, preferencia de adjudicación, etc.; finalmente, en cumplimiento de las funciones de registro incumbe a la sociedad velar porque se efectúe por los Miembros de la Bolsa el registro de toda operación que realicen, dentro o fuera de ella, en los términos del artículo 46 del Reglamento; imponer las sanciones que prevén los artículos 46 del Reglamento: imponer las sanciones que prevén los artículos 65 y 67 para el Miembro que deja de registrar una operación 'para beneficiarse con la diferencia entre el precio a que se le haya consignado su valor para la venta y el precio a que la haya verificado', y para el que registre una operación falsa; y sancionar en los términos del artículo 26 al miembro que tuviere incompleto o atrasado el libro de registro de operaciones que debe llevar.

"Estando obligada la sociedad demandada, de acuerdo con el reglamento, a ejercer las funciones a que se ha hecho referencia, es obvio que el no cumplimiento de las mismas compromete su responsabilidad extracontractual si por esa omisión, que constituye la violación de una norma de conducta, se le causa daño a uno de los clientes que le confieran a un miembro de la Bolsa en realización de una operación bursátil. Mas como en ninguna de las demandas acumuladas se impugna a la sociedad demandada el incumplimiento de sus funciones policivas y arbitral, ni del proceso aparece demostrado que hubiere violado el reglamento por esos aspectos, debe concretar la Sala su estudio a la función de registro para ver si la Bolsa violó o no alguno de los deberes que le impone el reglamento a este propósito'.

Entra luego el H. Tribunal a exponer las razones que a su juicio lo llevaron a sostener que la sociedad demandada no violó la obligación a su cargo de vigilar e inspeccionar los libros de su miembro, señor Gómez Vargas y concluye manifestando que "tampoco se demostró que Gómez Vargas hubiera dejado de registrar una operación para beneficiarse con la diferencia entre el precio a que se le haya consignado su valor para la venta y el precio a que la haya verificado, ni que hubiera registrado una operación falsa y, en consecuencia, hay que tener por cierto que la Sociedad demandada no violó ninguno de los deberes que le impone el reglamento en ejercicio de su función de registro.

"De donde se sigue que no incurrió la Bolsa de Bogotá en el error de conducta que se le atribuye.

"Igual cosa sucede con el otro hecho constitutivo de la culpa atribuída a la sociedad demandada, o sea el de que no obstante haber tenido éste conocimiento a principio de 1955, de la conducta irregular de Gómez Vargas, le permitió seguir actuando como miembro de la Bolsa hasta cuando fue destituído, en abril de ese año. No existe en el proceso, efectivamente, prueba alguna que demuestre que la Bolsa tuvo conocimiento, a principios de 1955, de que Gómez Vargas se hallaba en estado de quiebra, de que giraba cheques sin fondos y de que realizaba otros actos semejantes, y, por consiguiente, la culpa atribuída a la Bolsa con base en ese conocimiento carece de respaldo en los autos. Por el contrario, de las declaraciones de los testigos Alfonso Pardo Dávila, Fer-

nando Pardo, Luis Mallarino, Germán Correa y otros más, todos ellos Miembros de la Bolsa y que por tal razón debían ser los primeros en conocer la situación de Gómez Vargas, declaran que sólo cuando aquél fue suspendido por la Bolsa, el 2 de abril de 1955. tuvieron conocimiento de su mala situación. Lo cual pone de presente que el estado de falencia de Gómez Vargas permaneció desconocido para todos hasta cuando 'se destapó la quiebra', para emplear palabras del doctor Mackenzie. Y si los miembros de la Bolsa que contrataban con Gómez Vargas ignoraban su mala situación económica, no existe razón valedera para presumir que la Bolsa sí tenía que conocerla". Estudia el Tribunal el cargo de falta de vigilancia y control en las objeciones de las operaciones "cruzadas" que le imputa el demandante a la entidad "Bolsa de Bogotá S. A."; y al efecto expone:

"Ordinariamente el contrato de compraventa bursátil se lleva a cabo entre miembro de la Bolsa que ha sido comisionado para vender determinados valores y otro que ha sido comisionado para comprarlos. Dos agentes se interponen entre el cliente que quiere vender y el cliente que desea comprar. Esta negociación, que se denomina **operación de la rueda**, se realiza necesariamente en el recinto cerrado del Mercado de Valores. y una vez ajustada deben cumplirse respecto de ella todas las exigencias del reglamento, entre las cuales está la del registro a que se hizo referencia anteriormente.

"Mas cuando un miembro de la Bolsa recibe de uno de sus clientes el encargo de vender ciertos valores, y al propio tiempo otro cliente lo comisiona para comprar la misma clase de valores, el agente está facultado para realizar la operación por sí mismo, actuando a la vez como vendedor y como comprador. Esta clase de negociaciones recibe el nombre de **operaciones cruzadas.** Dada su naturaleza, estas operaciones se realizan por fuera del mercado de Valores y la única intervención de la Bolsa se refiere a sus funciones de liquidación y registro, para comprobar que el precio convenido está de acuerdo con la cotización corriente. y las comisiones con las tarifas oficiales. Siendo de advertir que cuando la operación cruzada es de contado se realiza sin intervención de la Bolsa, al tenor del artículo 52 del reglamento, ordinal h).

"En realidad de verdad el señor abogado de los demandantes no le imputa a la sociedad demandada la violación de alguno de los deberes que le impone el reglamento en relación con las operaciones cruzadas, sino que se limita a manifestar su inconformidad con la manera como se lleva a cabo esa clase de negociaciones, porque, en su sentir, 'se presta el sistema para cometer toda clase de irregularidades y gestiones dolosas, cuando el Miembro de la Bolsa no tenga bien cimentadas su moral y su delicadeza'. Agrega que en esta clase de operaciones 'la Bolsa no debe tragar entero, ni tolerarlo todo, ni admitir los meros informes del Bolsista, ya que si también recibe una cuota de la remuneración que se gana el miembro, alguna intervención de vigilancia deberá tener en tales negociaciones'."

Capítulo especial hace el H. Tribunal al analizar el contenido y efectos del aviso publicado en el directorio telefónico que se ha citado anteriormente; transcribe el pensamiento del señor apoderado cuando sostiene que tal aviso obligó la responsabilidad extracontractual de la entidad demandada; sostiene el fallador que en tal aviso "no se hicieron afirmaciones falsas", "pues los miembros de la Bolsa sí están sometidos al control de la Institución, en los términos del reglamento"; se extiende en consideraciones al respecto para llegar a la conclusión de que no puede considerarse culposa la conducta de la parte demandada al publicar el aviso cuestionado y termina este capítulo haciendo la siguiente anotación:

"A lo cual cabe agregar que no está demostrado que hubiera sido la publicación de ese aviso el móvil determinante del contrato de comisión celebrado entre los demandantes y Gómez Vargas y, por consiguiente, aún suponiendo culposo ese hecho no puede deducírsele responsabilidad a la Bolsa de Bogotá por no existir el necesario vínculo de causalidad entre la publicación del aviso y el daño recibido por los demandantes. Es evidente que sin la publicación de ese aviso aquéllos hubieran podido sufrir el mismo daño.

"Síguese de lo dicho que no cumplió la parte actora con el **onus probandi** que le in-

cumbía de demostrar la culpa de la sociedad demandada, razon por la cual el fallo ha de ser adverso a sus pretensiones".

La acusación

El señor apoderado de la parte recurrente, luego de hacer una síntesis de los antecedentes del negocio manifiesta que acusa la sentencia del Tribunal "por error de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas y por violación directa, aplicación indebida e interpretación errónea de las leyes sustantivas aplicables al caso sub-judice causales éstas que se reconocen en el artículo 520 del C. J." Reconoce que se trata de culpa extracontractual tal como se apreció en las sentencias de instancia.

Primer cargo

Ataca la sentencia por violación del artículo 2341 del C. C. que transcribe literalmente:

"El que ha cometido un delito o culpa, el que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

Explica que de acuerdo con la claridad del precepto "para que acarree responsabilidad una culpa es necesario que se cumplan las tres etapas que trae la sentencia de segunda instancia: la culpa en sí el daño y el nexo causal. Esta serie de requisitos no la enumera ninguna disposición de nuestro Derecho Positivo, pero sí puede admitirse en la esfera doctrinal".

Glosa el señor apoderado el fundamento de la sentencia en cuanto ella establece que se trata de una posible responsabilidad directa de la sociedad Bolsa de Bogotá S. A. y que en tratándose de la responsabilidad señalada por el artículo 2341 en cita incumbe a la parte actora probar los hechos imputados a la sociedad demandada como constitutivos de culpa "pues la ley no presume en tal hipótesis la existencia de la culpa".

Y dice el recurrente:

"Con estos argumentos el H. Tribunal Superior de Bogotá, ha querido descartar toda posibilidad de que la Bolsa cometió ella misma una culpa al publicar el aviso telefónico de que me ocuparé más adelante. Y es ahí donde radica la violación del artículo 2341 del C. C. ya que como se verá a lo largo de este escrito, sí se causó directamente un daño, por causa de la Bolsa de Bogotá S. A. siendo de ella toda la responsabilidad, colocándose así dentro de la esfera del referido artículo de nuestro derecho sustantivo".

Transcribe el señor apoderado el aludido aviso y publicado en el Directorio Telefónico que se ha transcrito anteriormente expuesto en el numeral 10 de la sentencia de primer grado. El recurrente hace un estudio de las diversas cláusulas del aludido aviso y sobre la interpretación que él hace encuentra justificada la causal de violación "del dicho artículo 2341 por interpretación errónea de dicho texto sustantivo o sea un error de derecho al considerar que la Bolsa no ha ejercido ninguna actividad peligrosa y que directamente no es responsable de nada". Afirma que la publicación en el Directorio Telefónico "fue un acto intrínsecamente incorrecto, abusivo por la modalidad de su redacción y distribución, creó un inminente riesgo para la ciudadanía honrada y honesta, significó un error de conducta cuyos efectos futuros debían ser en su beneficio aunque empujaran a fraudes y perjuicios como los que causó el miembro de la Bolsa señor Carlos Gómez Vargas. Fue intrínsecamente incorrecto porque viola los mandatos legales de que no se puede asaltar la buena fe de los otros contratantes, y el aviso —vista la tesis defensiva de la Bolsa ahora— en los términos amplios y afirmativos con su seguridad para el cumplimiento de los miembros, servía como sirvió para llevarse de cabo la credibilidad de un público que consideró este aviso como responsable y serio".

Afirma que el aviso fue abusivo porque "la Bolsa aparentemente hacía uso de su derecho de anunciar a sus miembros, pero abusó de tal derecho, dirigiendo en verdad sus palabras en un sentido contrario al destino que llevaban gramaticalmente".

Estima el señor apoderado que con la publicación se creó un riesgo inminente porque "si confianza general había en los miembros de la Bolsa, el aviso sobraba; pero como él existió, cada persona que lo leía y releía llegaba a la conclusión de que no

podría ocupar sino a las personas allí señaladas y en ese aviso figuraba exactamente el señor Gómez Vargas. Y dice el señor apoderado: "si el riesgo se considera como latente en una empresa porque se dedica a la fabricación de pólvora, de instalaciones de alto voltaje, ¿por qué en la Bolsa no puede considerarse como riesgo la falta de moral de honradez, de uno de sus miembros cuando ella empuja al público a que negociara con ellas por ser 'los únicos' a quienes ella inspecciona supervigila y dice que 'dan garantías al cumplimiento de sus compromisos'?" que hubo error de conducta de la Bolsa "por falta de previsión de los daños que podrían causarse a terceros que confiados en el aviso se entregarían posteriormente a los miembros de ella".

Afirma el recurrente que la Bolsa "sí cometió culpa en sí directamente al hacer la publicación de que he venido ocupándome. Porque una cosa es que el aviso le diera oportunidad a Carlos Gómez Vargas para hacer de las suyas, para que todo el mundo lo creyera inspeccionado, controlado, supervigilado y respaldado por la Bolsa, y otra cosa es el aviso en sí que no es una simple recomendación (como ha tratado de considerarlo la sentencia recurrida, a pesar de que en los hechos de las tres demandas ha insistido de que ese aviso fue la fuente de todo), sino que la Bolsa se solidarizara con los miembros, les daba su respaldo y para ella comprometiendo su propio prestigio, su propia responsabilidad, por cuanto expresamente estaba asegurando que ella inspeccionaba a sus miembros y daba la garantía 'del cumplimiento de sus compromisos'." La base de la argumentación del recurrente por este aspecto la hace consistir en que la Bolsa cometió un hecho culposo por la publicación del aviso y que por tal motivo se hizo directamente responsable de sus consecuencias, que sobre la base "de estas consideraciones la sentencia que desechó darle cumplimiento al artículo 2341 del C. C. que establece la culpa directa, la interpretó equivocadamente, cometiendo un grave error de derecho, ya que consideró que la Bolsa no había realizado ningún hecho culposo, que en su acto fue inocente, aunque en materia de culpa no es necesario el ánimo de dolo sino el perjuicio causado. Y esto se halla comprobado ampliamente en los autos".

Se afirma que el fallador de instancia violó el aludido artículo 2341 por apreciación errónea, con error de derecho, al afirmarse en la sentencia materia de este recurso lo siguiente:

"El contrato de comisión entre el cliente y el Miembro se realiza, obviamente, sin intervención de la Bolsa de Bogotá S. A., pues para ella permanece desconocido. En él sólo son partes el cliente que confiere la comisión y el Miembro o Agente de Cambio que la recibe. Del cumplimiento de las obliciones a cargo del mandatario responde éste únicamente y, en consecuencia, la acción de responsabilidad ex contractu sólo contra él puede hacerse efectiva.

"En el contrato de compraventa que se celebra en cumplimiento del de comisión, son partes los dos Miembros que, en nombre propio, figuran como vendedor y como comprador. De esta suerte el cliente de cada Miembro carece de acción para exigir directamente del otro o el resarcimiento de perjuicios por el incumplimiento, y con mayor razón, para enderezar contra la Bolsa una cualquiera de las acciones nacidas de este contrato, el cual es para ella **res inter alios acta**".

Refiriéndose el recurrente a las causas ocasionales del daño, cita la siguiente jurisprudencia de la Corte:

"Tampoco es necesario, para que existan la relación de causalidad y la consiguiente obligación de reparar la integridad del perjuicio causado, que éste sea directo, en el sentido de que haya entre el daño y la culpa proximidad de perjuicios que se derivan de un mismo hecho y que se van alejando de éste cada vez más y más, deben ser reparados, por el autor del hecho culpable, todos aquellos de los cuales se puede afirmar lógicamente que, aunque alejados de la culpa en el espacio y en el tiempo, no se habrían producido sin la culpa". (Sent. Cas. Sep. 17 de 1935, Nº 1904, Pág. 306).

Continúa recalcando el señor apoderado del recurrente que el Tribunal cometió error de derecho al interpretar el artículo 2341 cuando declaró que la entidad demandada no había cometido culpa y que por consi-

guiente no podía ser demandada "o sea que no cabía acción a mi representado".

Violación del artículo 34 de la Ley 57 de 1887. Dice el señor apoderado del recurrente que la sentencia violó el artículo 34 de la Ley 57 de 1887 que dice:

"Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituyen un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa".

Al tratar de esta presunta violación hace alusión a que lo dispuesto en el artículo 34 en cita le es aplicable a los artículos 1604 y 1494 del C.C. violación esta última a la cual alude el señor apoderado en una parte de la demanda, como proposición especialmente dedicada al estudio de este ataque. Pero en cuanto a lo que se refiere al artículo 34 anota que siendo directa la infracción de los citados preceptos ello se debió también a que el Tribunal estimó que tales normas regulaban los hechos perjudiciales como consecuencia del desarrollo de un contrato y no para los casos en que se tratara de culpa extracontractual. Y anota "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que la alega". Y que la sentencia atacada declaró que el artículo 1604 en la parte citada no tiene aplicación en tratándose de la responsabilidad extracontractual concluyendo el señor apoderado "que habiéndose demostrado en los autos con el aviso publicado por la Bolsa, que ella cometió la culpa por acción imprudente, por conducta equivocada por respaldo clásico a los miembros de la Bolsa, etc., el Tribunal no tenía por qué ir afirmando que la prueba de la culpa se desplazaba de la entidad demandada a los demandantes".

Y más adelante agrega:

"Cree el Tribunal que por hallarse ese artículo (el 1604 del capítulo sobre las obligaciones contractuales no se puede aplicar a la culpa extracontractual y que en esto hay un error de derecho por equivocada interpretación del precepto y que el dicho artículo no distingue entre culpa contractual o culpa extracontractual y el Tribunal no tenía por qué hacerlo. De esta manera, añade, la acción que hubo de incoarse contra la Bolsa sí tiene asidero legal sustantivo y cuando la sentencia se lo niega, lo desconoce violando la norma que otorgó la acción"; llevándose de calle el artículo 1494 que consagra la fuente de obligación de indemnizar por ministerio de la ley.

"Violación del artículo 2347 y del 2346, primer inciso del C. C. El señor recurrente en este aparte del ataque a la sentencia estima que si antes se refirió a la culpa por acción de la sociedad demandada, llega el momento de discernir un poco sobre la culpa por omisión".

Se extiende largamente en el comentario del artículo 2347 del Código Civil para llegar a la conclusión de que estando el señor Gómez Vargas bajo el cuidado de la entidad demandada, ésta incurrió en culpa por no dar cumplimiento a las obligaciones estatutarias de la Bolsa contenidas en la escritura 518 de 20 de mayo de 1931 o sea con anterioridad a los hechos que se debatieron en el juicio cuando allí se consignó "lo siguiente: la letra e) del artículo 3º de los estatutos quedará así: Regularizar, reglamentar, proteger y vigilar las actuaciones de los miembros de la Bolsa; que ésta no vigiló las actuaciones del señor Gómez Vargas como era de su deber, ni tuvo de presente la inspección practicada por la Superintendencia Bancaria el 5 de junio de 1954 en donde se constataron incumplimiento por parte de Gómez Vargas como corredor de Bolsa. Transcribe varios apartes de la sentencia del Tribunal para llegar a la conclusión de que fueron violadas las normas contenidas en los artículos 2347 y 2356 del Código Civil. Insiste en afirmar que de los hechos alegados por el recurrente se establece una presunción de culpa contra la Bolsa de Bogotá S. A. por los daños y perjuicios ocasionados por su dependiente señor Gómez Vargas y que la violación del artículo 2347 en cita la hace consistir en que no se aplicó el dicho mandato "que imponía un fallo condenatorio revocando la sentencia de primera instancia" y agrega: "Esa violación fue por interpretación errónea de la parte en que

dicha disposición habla de las personas que causaron un daño 'que estuvieron a su cuidado', es decir, de otra entidad".

Luego expone literalmente:

"Y tanto en contra del artículo 2347 como del 2356 la sentencia se vino en violación por error de hecho en cuanto parezca paradójico en cuanto a algunas pruebas. Veamos: hubo error de derecho en cuanto a la sentencia no le concede ningún valor jurídico a la inspección ocular que habla de la diligencia de la Superintendencia Bancaria". Y habiendo el Tribunal violado el artículo 730 del C. J. por no haberle dado a esa prueba el valor probatorio que indica este precepto. Que se desconoció la vigencia del artículo 606 del Código Judicial al negarle el valor a las confesiones del señor Plata Uricoechea "quien negó en posiciones que la Bolsa investigara, controlara y censurara la conducta de Gómez Vargas antes de su quiebra".

Más adelante declara el impugnante que hubo error de hecho porque el Tribunal "se enfrascó" en transcribir artículos de reglamento, que son adjetivos por su finalidad, despreciando la prueba que hay en autos en la escritura de constitución social de la Bolsa y en la número 368 que la reformó en las cuales aparecen los objetos de ella, sus fines de moralización y amparo al público y la vigilancia de las actuaciones de sus miembros.

La Corte considera

Como se ha visto, el recurrente considera que el fallador de instancia violó el artículo 2341 del C. C. "por interpretación errónea de dicho texto sustantivo, o sea un error de derecho al considerar que la Bolsa no ha ejercido ninguna actividad peligrosa y que directamente no es responsable de nada".

El fundamento de este ataque se hace consistir en el aviso publicado en el directorio telefónico por la entidad demandada que el recurrente califica de "imprudente y demostrativo de una conducta equivocada con finalidad a encauzar la voluntad ciudadana y redactado en términos obligantes —por decir lo menos— para el público inversionista" cometiendo con ello la Bolsa un hecho culposo que la hizo directamente responsable de sus consecuencias, violando los mandatos legales "de que no se puede asaltar la buena fe de los otros contratantes".

Admitido por el propio recurrente que para que exista la responsabilidad extracontractual es preciso establecer los tres elementos que la estructuran, o sean, la culpa, el daño y el nexo causal, el fallador de instancia se coloca, de acuerdo con el recurrente, dentro de los predios de una responsabilidad directa de la sociedad demandada gobernada por el precepto indicado como erróneamente interpretado, pero para llegar a tal conclusión el actor en el juicio ha debido demostrar plenamente la concurrencia de los factores integrantes de la culpa en que se funda el ataque a la sentencia, para poder deducir las consecuencias legales correspondientes.

El sentenciador, como se ha dejado transcrito en varios de los apartes del fallo acusado, estimó que el tan mencionado aviso, ni en sus términos ni en los textos legales y reglamentarios de las actividades de la Bolsa implicaba una manifestación de que éste hubiera contraído o se hubiere obligado a responder ante terceros de las operaciones bursátiles que los corredores de bolsa efectuaran como simples mandatarios o comisionados de personas cuyos nombres hasta les está prohibido denunciar.

Y acontece que el aviso de que se ha hecho mérito no contiene afirmaciones falsas, pues los miembros de la Bolsa sí están sometidos al control de la Institución, en los términos del reglamento; tienen constituídas garantías para responder de su cumplimiento en los términos que señala el reglamento; son los únicos que pueden entregar a su cliente el comprobante oficial de transacción, con las especificaciones a que alude el aviso; no se demostró que la tarifa de comisiones no fuera la más módica; y los Miembros están en la obligación de cobrar la comisión estipulada en la tarifa vigente, sin que puedan aumentarla o rebajarla, so pena de las sanciones reglamentarias.

"La parte final del aviso contiene una recomendación o consejo, como acertadamente lo denomina el doctor Mackenzie, para

que se ocupe siempre a un miembro de la Bolsa, quien por estar bajo la inspección de la Institución, da mayores garantías en cuanto a la verdad de los precios y al cumplimiento de sus compromisos. La verdad de los precios se halla realmente garantizada, pues que uno de los objetivos de las Bolsas de Valores es el de obtener la cotización de los efectos públicos y valores que en ellas se negocian. Y se garantiza también el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Miembros en el Mercado de Valores, cumplimiento que según el reglamento, dice relación a las obligaciones que contraen recíprocamente dichos miembros en los contratos de compraventa que llevan a cabo y no a otros diferentes.

"No puede, por lo dicho, considerarse culposa la conducta de la Sociedad demandada al publicar el aviso mencionado, y en consecuencia, no puede deducírsele responsabilidad alguna por ese hecho".

No encuentra la Corte que la interpretación del Tribunal fuera desacertada y por lo tanto no se evidencia que hubiera hecho una interpretación errónea del artículo 2341 del Código Civil.

Pero el fallador no se detiene simplemente en el análisis de los términos de la publicación que se ha venido cuestionando, sino que echa de menos la comprobación de que ella hubiera sido la causa de los perjuicios sufridos por los demandantes en el juicio. Porque es obvio que para que pueda configurarse la responsabilidad extracontractual que se ha alegado es indispensable que se demuestre el nexo causal entre el perjuicio y la culpa que se alega. Ninguna prueba está indicando que los demandantes acudieron a los servicios del señor Gómez Vargas precisamente teniendo en cuenta el aviso en el directorio telefónico sobre el cual se sustenta por modo principal el cargo que se examina o que esa publicación los hubiera determinado eficazmente a contratar esos servicios.

Con razón el señor apoderado del opositor en el recurso ha dicho:

"Pues bien: los demandantes mismos han probado, con su propia confesión, que desde antes de la publicación del aviso mencionado venían utilizando los servicios del señor Gómez Vargas. En las tres demandas acumuladas fue citado como testigo de los demandantes el señor Carlos Gómez Vargas y en tales ocasiones se le preguntó textualmente: 'si fue buscado hace muchos años por el doctor Taddei para negocios de Bolsa, y últimamente para los que contienen las liquidaciones número 5811, 6060 y 6230 de fechas 15 y 16 de febrero de 1955'; 'si fue buscado hace muchos años por el doctor Zollia para negocios de Bolsa, y últimamente para los que contienen las liquidaciones números 13889, 14352... de 1955; 'si fue buscado hace muchos por el señor Luis (Luigi) Marengón, para negocios de Bolsa, y últimamente para los que contienen las liquidaciones números 9710 ... 9896 ... 12204 ... de 1955'. Y en las tres demandas el testigo Gómez Vargas respondió afirmativamente las preguntas anteriores.

"De manera, pues, que en los años de 1954 y 1955, en los que fue publicado el aviso de la Bolsa en el directorio telefónico, ya había sido buscado por los demandantes el señor Gómez Vargas para negocios de Bolsa Ellos mismos afirman, sin lugar a duda alguna, que no fue después del mes de junio de 1954 —fecha del primer aviso que aparece probado en el expediente— cuando contrataron los servicios del señor Gómez Vargas, sino que hacía 'muchos años', esto es, más de un año, que venían negociando con él en operaciones de las que se corren en la Bolsa. Y, como para que no pueda vacilarse al respecto, no solamente dicen que 'fue buscado hace muchos años', sino que agregan que 'últimamente' fue buscado para los negocios celebrados en 1955, a que se refieren las liquidaciones de ese año de 1955 y con los cuales fueron perjudicados los demandantes.

"Las preguntas formuladas en los tres memoriales de pruebas contienen confesiones inequívocas de que el señor Gómez Vargas no fue buscado por razón del aviso publicado por la Bolsa, sino que era un agente ya conocido y ya depositario de la confianza de los demandantes. Esto es, ninguna influencia tuvo o pudo tener el aviso mencionado en la elección del mandatario cuyos servicios utilizaron. Y esto es apenas explicable, pues que el mandato es un contrato que siempre se celebra intuitu personae y que nadie, ni el menos diestro en ma-

teria de negocios, celebra al azar, sin cerciorarse previamente de las condiciones del mandatario".

Las pruebas a que se acaba de hacer referencia y que han sido confrontadas demuestran inequívocamente que los demandantes en el juicio habían ocupado los servicios del señor Gómez Vargas con mucha anterioridad a los avisos cuestionados; es decir, la persona de este agente de Bolsa les era claramente conocido y a él habían confiado como mandantes de Gómez Vargas para verificar por su conducto diversos negocios de Bolsa. Es, pues, improcedente tratar de deducir, como lo hace el recurrente, que el aviso publicado en el directorio telefónico fue la causa indudable de los diversos mandatos conferidos a Gómez Vargas por los demandantes.

De la lectura cuidadosa de este ataque se infiere que el recurrente ha sostenido la violación directa del artículo 2341 del C. C., pero para hacerlo sostiene que el fallador estimó erróneamente la prueba contenida en la publicación que tantas veces se ha cuestionado, lo que podría implicar un error de hecho que no se evidencia en forma alguna.

No prospera el cargo.

Violación de los artículos 2347 y 2356 del Código Civil.

El Precepto primeramente citado establece la responsabilidad para toda persona "no sólo de sus propias acciones para efectos de indemnizar el daño sino del hecho de aquéllos que estuvieren a su cuidado". **Se establece así una presunción de culpa por razón de los actos perjudiciales ocasionados por persona que dependa de otra.**

Para que tal presunción de culpa pueda operar es necesario que el agente causante de ella dependa como subordinado de la persona a quien se exige la reparación por el hecho de su agente o subordinado.

Si tal carácter de subordinación o dependencia no se demuestra, falla la presunción de culpa. Y la parte recurrente ha pretendido demostrar que el señor Gómez Vargas era agente o dependiente de la sociedad Bolsa de Bogotá S. A. y que, en consecuencia, esta entidad debe responder de las operaciones realizadas con perjuicio de los demandantes en el juicio. Ello no es exacto, como así lo tiene resuelto la Corte en casos análogos al presente. El uno fallado el 17 de febrero de 1964 y publicado en el número 2271 del tomo CVI y el otro en sentencia de once de mayo de 1964 que aún no ha sido publicada, y que se refieren precisamente a demandas intentadas contra la Bolsa de Bogotá S. A., por actividades del corredor de bolsa el señor Carlos Gómez Vargas.

En el fallo objeto del ataque en casación se han transcrito algunos apartes donde el sentenciador hace un estudio de las reglamentaciones que gobiernan el mecanismo de las operaciones de Bolsa para deducir que los corredores en ningún caso obran como mandatarios de la sociedad "Bolsa de Bogotá S. A.", sino como agentes de sus comitentes y, de consiguiente, sus actos no pueden considerarse como ejecutados a nombre y representación de la dicha sociedad.

En los estudios realizados por la Corte se encuentran claramente determinados los reglamentos de la Bolsa y como no se hallan fundamentos que hagan variar las doctrinas contenidas en aquellos fallos, se estima necesario insertar en esta providencia algunas de las consideraciones que allí se hicieron:

En la sentencia de 11 de mayo de 1964 en donde se insertan también apartes de la proferida el 17 de febrero del mismo año, se dijo:

"El artículo 7º de la Ley 16 de 1936 dispuso: 'Las Bolsas de Valores o de productos y los martillos de valores establecidos o que se establezcan en el país, quedan sometidos a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, de acuerdo con los reglamentos que dicte el Gobierno'.

"En aplicación de ese precepto legal, el Gobierno dictó el Decreto número 1273 de 1936, sobre bolsas de valores. Señala ese ordenamiento legal cómo han de constituirse las bolsas, cuál debe ser su capital mínimo y cuál su objeto especial; qué requisitos ha de llenar una persona para ser corredor de bolsa; cuáles son las obligaciones de los dichos corredores; qué prohibiciones tienen, todo ello bajo la sanción de perder la calidad de corredores que ha de imponerles la Superintendencia Bancaria.

"El aludido Decreto número 1273 fue en gran parte sustituido y derogado en virtud del Decreto 2969 de 1960, dictado en virtud de la facultad consagrada en el artículo 6º de la Ley 130 de 1959, y también reglamentario de las Bolsas de Valores.

"La 'Bolsa de Bogotá S. A.' se constituyó con el objeto de 'establecer en Bogotá una Bolsa de valores y de cambio y dictar los reglamentos generales de la misma, la adquisición de valores para obtener con ellos renta o valorización, pero no con el objeto de rápida especulación', crear un Martillo para efectos públicos y de comercio y otros bienes muebles.

"Como fines del establecimiento llamado Bolsa de Bogotá, de acuerdo con los reglamentos, se encuentra: ofrecer a sus Miembros un lugar de reunión para tratar allí toda clase de negocios lícitos y en especial los relacionados con la compra y venta de valores mobiliarios, de monedas extranjeras, de papeles de crédito, etc.; mantener el funcionamiento del mercado bursátil debidamente organizado, de manera que ofrezca a los inversionistas y negociantes en valores y al público en general las garantías de seguridad, honorabilidad y corrección indispensable a esta clase de negocios; establecer la cotización efectiva de los valores mobiliarios mediante la publicación diaria de las operaciones efectuadas y de los precios de oferta y demanda que queden vigentes al cierre de las ruedas; velar por el estricto cumplimiento de las transacciones, de acuerdo con los términos y condiciones pactados formalmente y dentro de las normas reglamentarias; dar testimonio de las operaciones celebradas por los Miembros mediante certificado expedido para cada una de ellas, certificación que será autorizada con las firmas de los contratantes y del Gerente.

"De las atribuciones que tiene la Cámara de la Bolsa, conviene destacar estas: adoptar, con la aprobación del Consejo Directivo, las normas que juzgue necesarias o convenientes respecto del régimen y vigilancia del mercado de valores y todas las que se relacionan con las actividades de los Miembros de la Bolsa; reglamentar las distintas operaciones que puedan realizarse, bien sea de contado o a plazos; fijar el monto de las garantías que deben constituir los Miembros para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones; intervenir en todo cuanto tienda a moralizar el negocio de los valores y a darle seguridad, bien sea entre los propios Miembros o en las relaciones de éstos con su clientela; servir de árbitro en las diferencias que surjan entre los Miembros o entre éstos y la Gerencia de la Bolsa; y hacer efectivas las sanciones en que incurran tales Miembros o corredores de Bolsa.

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

"Los Miembros de la Bolsa, con el lleno de los requisitos que la ley y los reglamentos prescriben, son admitidos por el Consejo Directivo y toman posesión del cargo ante el Gerente y el Secretario de la entidad; y para poder entrar en el ejercicio de sus actividades de corredores de Bolsa, deben constituir las llamadas 'garantías generales' que tienen por objeto respaldar 'toda clase de compromisos adquiridos por los Miembros de la Bolsa o por sus dependientes, para con la Institución, o por medio de ella, por transacciones bursátiles, préstamos de dinero o de valores. fianzas, descuentos, anticipos sobre consignaciones para la venta, u otras operaciones análogas celebradas con la Bolsa o con intervención de ella'. También prevé el reglamento la constitución de garantías especiales, que deben constituir los Miembros de la Bolsa, destinadas a asegurar el cumplimiento de las operaciones a plazo.

"Los Miembros de la Bolsa tienen determinados en los reglamentos de la entidad sus derechos y obligaciones, y entre éstas se destacan las de registrar todas las operaciones que celebren dentro o fuera del recinto de la Bolsa sobre valores inscritos en ella; entregar a las partes interesadas los respectivos comprobantes de liquidación de las operaciones que concierten en su calidad de intermediarios; guardar reserva sobre esas transacciones y sobre los nombres de

sus comitentes, y manejar los negocios con lealtad, claridad y precisión, evitando inducir en error al público o a los contratantes.

"En el artículo 46 del Reglamento se prevé:

" 'Toda operación que se efectúe por los Miembros de la Bolsa, dentro o fuera de ella, será firmada por los Miembros interesados, junto con el Gerente, o con quien haga las veces de éste, en cuatro ejemplares, llamados comprobantes de transacción'. El comprobante que recibe cada uno de los miembros, debe ser conservado en su archivo, 'y por ningún motivo debe ser entregado al cliente, al cual solamente se le entregará el comprobante de liquidación'.

"Viene, después de celebrada la operación y expedidos los comprobantes de transacción, la liquidación del negocio que consiste en la ejecución de éste, o sea en la entrega de los valores por parte del vendedor y en el pago del precio por parte del comprador, todo lo cual debe verificarse en las oficinas de la Bolsa y dentro del término señalado por el Gerente. Cumplido tal acto, se entregará a los Miembros interesados, conforme lo dispone el artículo 59 del Reglamento, el comprobante de liquidación, autorizado con las firmas del liquidador y del revisor. Cada uno de los Miembros interesados conservará un ejemplar de dicha liquidación, y está obligado a entregar el otro a su cliente, como comprobante oficial de la transacción.

"El Miembro de la Bolsa que celebre una transacción es responsable de ella, y está obligado a cumplirla, sin que pueda excusarse por la resistencia o negativa de su cliente. La Bolsa no asume ninguna responsabilidad por las transacciones que celebren los Miembros, pues como lo dice el artículo 80 del Reglamento, '... La responsabilidad de la Bolsa en caso de incumplimiento de operaciones, queda limitada hasta la concurrencia de lo que sobrare del valor de las garantías dadas por el Miembro que haya dejado de cumplir, después de haberse cubierto la Bolsa lo que a ella correspondiere. En consecuencia, la responsabilidad de la Bolsa con la limitación antes apuntada, es sólo para con los Miembros y no con respecto a terceros, pues las responsabilidades de los Miembros para con terceros deberán regirse por los principios de derecho común, fuera de las sanciones que la misma Bolsa puede imponer al Miembro que dejare de cumplir estrictamente sus obligaciones para con terceros y en cuanto tales obligaciones provengan de operaciones realizadas por intermedio de la misma Bolsa'.

"En retribución por los servicios que la Bolsa presta a los Miembros, éstos deben pagarle el 20% de las comisiones que perciban sobre todas las operaciones que celebren. Los miembros no podrán cobrar a sus clientes otras comisiones que las señaladas por la Bolsa, con aprobación de la Superintendencia Bancaria".

"En el fallo reciente dictado por la Corte en juicio similar al presente, contra la Bolsa de Bogotá S. A., dijo: 'Los estatutos de la Sociedad atribuyen al Gerente la representación de la misma entidad. Ni la Asamblea de accionistas, ni el Consejo Directivo ni ninguno de sus socios tienen esta facultad. Sólo su Gerente está autorizado para actuar y obligarla por vía contractual. El reglamento de la Bolsa no modifica esta situación ni contiene precepto alguno por el cual se confiera de manera explícita a ningún otro funcionario, corporación o miembro de bolsa el poder representativo de la Sociedad. Por este aspecto no puede, pues, afirmarse que los Miembros de la Bolsa gocen de la atribución de representar a la Compañía "Bolsa de Bogotá S. A." en ninguno de los actos constitutivos de su objeto social. "La Sociedad se constituyó, entre otras cosas, con el fin de establecer una Bolsa de Valores, organizar allí un mercado bursátil, proporcionar a sus miembros un lugar adecuado para realizar las transacciones respectivas y ofrecer a los inversionistas y negociantes un título de crédito y al público en general las garantías de seguridad, honorabilidad y corrección que son necesarias en esos negocios. Entre esas actividades constitutivas del objeto social no figura la de comprar y vender valores en dicho mercado. La Sociedad puede adquirir valores, pero no para especular con ellos, sino en busca de una renta o de una valorización. Esta circunstancia de no ejercer la actividad de negociar en la Bolsa con títulos de crédito, descarta por completo la posibilidad de hallar y alegar el vínculo de

un mandato tácito entre la misma Sociedad y los Miembros de dicha Bolsa que sí tienen esa función específica de comprar y vender tales títulos por cuenta de sus respectivos clientes. Mal podrían esos Miembros considerarse implícitamente autorizados para realizar la mencionada actividad en nombre y en lugar de una Compañía que no la tiene ni puede ejercerla por no hacer parte de su objeto social. De manera que por este otro aspecto y por simple sustracción de materia, no es posible sostener ni admitir que los Miembros de la Bolsa son mandatarios tácitos de la Sociedad demandada en el ejercicio de su función de negociantes en valores y títulos de crédito.

"Ya se ha visto que para hacer parte de la Bolsa, como Miembro de ella, se necesitan algunos requisitos, constituir determinadas garantías, y ser admitido por el Consejo Directivo de la Institución; y es obvio que tales factores y requisitos crean nexos entre la Compañía y los Miembros de la Bolsa, pero esos vínculos por sí solos no revisten a estos últimos de la calidad de agentes, funcionarios, empleados o subalternos de aquella sociedad, y mucho menos cuando ejercen su oficio de corredores de Bolsa, porque, no teniendo dicha entidad esta función, mal podría disponer de subordinados que la desempeñen en su nombre. 'Los miembros de la Bolsa dijo la Corte en el fallo antes apuntado, en verdad se encuentran jurídicamente vinculados al establecimiento llamado Bolsa de Bogotá y a la Sociedad empresaria de esta Institución, pero no con el carácter de empleados o agentes de la Compañía. Su actividad de comprar y vender valores la realizan en el establecimiento nombrado, pero no en lugar y a nombre de la Sociedad, sino con independencia de ésta y por cuenta de sus respectivos clientes, o sea de los particulares interesados en adquirir o enajenar esos valores. Por donde se ve que quien compra o vende valores en la Bolsa por conducto de un Miembro de ésta, no le compra, ni le vende nada a la Sociedad Bolsa de Bogotá S. A.'.

"De acuerdo con el reglamento, la Sociedad empresaria interviene en el mercado de valores con el objeto de dar testimonio de los negocios que se celebran en dicho establecimiento, para garantizar su seriedad, seguridad y corrección y fijar el valor así de la comisión que los Miembros deben cobrar a sus comitentes como de la que ellos mismos han de abonar a la Institución por los servicios que ella les presta. Tal intervención no se extiende al campo contractual, ni los comprobantes que las operaciones se dan a los Miembros contratantes entrañan la coparticipación de la misma Sociedad en la celebración de esos negocios ni comprometen su responsabilidad".

"Los Miembros de la Bolsa, en verdad, están obligados a constituir garantías generales y especiales, a favor de la Bolsa. Las primeras tienen por objeto respaldar el cumplimiento de las obligaciones de toda clase que dichos Miembros contraigan a favor de la Institución, o por operaciones bursátiles, préstamos de dinero o de valores, o por fianzas, descuentos o anticipos sobre consignaciones para la venta. Las segundas aseguran la ejecución de las obligaciones contraídas a plazo por los mismos Miembros.

"El artículo 80 del Reglamento de la Bolsa, del cual se ha hecho mención en apartes anteriores, repite y especifica que el objeto de las garantías generales es asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas a favor de la Institución, y de los demás Miembros, y agrega: 'La responsabilidad de la Bolsa en caso de incumplimiento de operaciones, queda limitada hasta concurrencia de lo que sobrare del valor de las garantías dadas por el Miembro que haya dejado de cumplir, después de haberse cubierto la Bolsa lo que a ella correspondiere. En consecuencia, la responsabilidad de la Bolsa con la limitación antes apuntada, es sólo para con los Miembros y no respecto de terceros, pues las responsabilidades de los Miembros para con terceros deberán regirse por los principios de derecho común'.

"De conformidad con esta disposición reglamentaria resulta evidente que las garantías no se constituyen en favor de terceros, sino en beneficio de la Bolsa y de los demás Miembros; y que tales garantías no imponen a la Sociedad la obligación, solidaria o subsidiaria, de atender el cumplimiento de las obligaciones que los Miembros contraigan con sus comitentes, o sea con los terceros que les encomiendan la compra o venta de valores. Además, no se ve la ra-

zón lógica ni jurídica para atribuir a la exigencia y aceptación de esas cauciones el alcance de una asunción de deuda ajena, esto es, como una adhesión unilateral y voluntaria de la sociedad a las referidas obligaciones de los Miembros de la Bolsa para con sus comitentes, pues que expresamente el artículo transcrito remite esas obligaciones al derecho común, lo que significa que la Sociedad no asume estas responsabilidades. Y, por otra parte, ya se ha dicho que la constitución de las garantías por los Miembros de la Bolsa no los convierte en subalternos, ni mandatarios, ni empleados de aquélla, ni la asocia solidaria o subsidiariamente al cumplimiento de las obligaciones contraídas por ellos en favor de sus clientes.

"De las consideraciones que preceden se deduce que la sentencia no incurrió en el error de hecho que le atribuye el recurrente, porque, aún en el supuesto de que no hubiere tenido en cuenta, que sí las tuvo, las aludidas disposiciones reglamentarias, ellas no consagran la responsabilidad de la Sociedad demandada por las obligaciones que los Miembros de la Bolsa contraigan a favor de sus mandantes, ni les asignan a dichos Miembros el carácter de empleados, dependientes ni comisionistas de la misma Sociedad. Ni, en consecuencia, el fallo incidió en violación de los artículos 1494 y 1505 del Código Civil".

Claramente se infiere de lo anteriormente expuesto, que consagra el pensamiento de la Corte en casos análogos al que se ha venido comentando, que si el señor Gómez Vargas no era dependiente de la Sociedad Bolsa de Bogotá S. A. sino que obraba en nombre propio por cuenta de sus clientes, por eso en la especie del presente pleito no puede imputársele culpa a dicha sociedad.

No sobra advertir la falta de consecuencia en que incurre la censura al impugnar el fallo en este último cargo por culpa indirecta, cuando el primer ataque se hace sobre la base de la existencia de una culpa directa.

El recurrente acusa asimismo la sentencia por violación del artículo 2356 del C. C. disposición ésta que según numerosas y unánimes doctrinas de la Corte se refieren a la presunción de culpabilidad cuando se trata de actividades peligrosas como son las que por vía enumerativa contiene el aludido precepto. Pero el recurrente en ninguna forma ha demostrado que las operaciones de bolsa entrañen una actividad de las que contempla el aludido artículo.

El actor en el recurso estima que el fallador de instancia violó también el artículo 1604 y 1494 del C. C. cuando éste afirma: "No tiene aplicación tratándose de la responsabilidad extracontractual, el precepto del artículo 1604, inciso 3º del C. C., según el cual 'la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo' puesto que tal disposición sólo tiene aplicación en los casos de responsabilidad contractual, como que se encuentra en el capítulo que regula los efectos de las obligaciones emanadas de los contratos, y pertenece a una norma que reglamenta la responsabilidad en que incurre quien viola una obligación contractual, según que el contrato reporte beneficio sólo al acreedor, a todas las partes o únicamente al deudor".

"El 1494 "en cuanto consagra la fuente de la obligación de indemnizar por ministerio de la ley".

No es erróneo el criterio del Tribunal ni son exactas las conclusiones que de ello deduce el recurrente, porque en los contratos las obligaciones constan expresamente en él y su violación por parte de uno de los contratantes genera una presunción de culpa que se puede destruir probando que el incumplimiento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito; en tanto que las obligaciones que nacen de los cuasidelitos y que reglamenta el Título 34 del C. C., la presunción de culpa no se establece sino excepcionalmente cuando el actor ha acreditado los demás presupuestos que estructuran la responsabilidad aquiliana. Invocado como infringido el artículo 2341 del C. C., la prueba del daño, de la culpa y del nexo causal entre estos elementos queda sometida a las normas comunes; pero en el ámbito del artículo 2347 ibídem el actor debe demostrar la relación de dependencia, de subordinación de la persona directamente causante del daño para que opere la presunción allí consagrada y, desde luego, la relación de causalidad entre ésta y el daño.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha dos (2) de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Renato Taddei y otros contra la Bolsa de Bogotá S. A.

Las costas del recurso extraordinario son de cargo de la parte 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, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REIVINDICACION DE ACCIONES DE UNA COMPAÑIA ORDINARIA DE MINAS

Causal primera de casación. — Concepto de la ley sustancial. — Determinación de los preceptos legales en el recurso de casación.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha 6 de abril de 1962, en el juicio ordinario seguido por Encarnación Uribe Muñoz y otros frente a Jesús María Velásquez y otros.

I

El litigio

En la narración de hechos que presenta la demanda incoativa del juicio se refieren, entre otros, los siguientes:

Que por acta número 1 de 6 de agosto de 1894 se constituyó una sociedad ordinaria de minas denominada "La Trinidad", con domicilio en Medellín, propietaria de varias minas de oro de veta y aluvión, ubicadas en el municipio de Santa Rosa de Osos, cuyos respectivos títulos se protocolizaron en la Notaría 3ª del Circuito de Medellín por medio de la escritura número 2702 de 11 de diciembre de 1916;

Que la sociedad mencionada, en lo que respecta a las minas que explota, se encuentra dividida en dos secciones o grupos denominados Sección de Luis Sánchez y Sección Guacamaya, grupos formados por minas continuadas llamadas "La Trinidad", "Continuación de La Trinidad", "Excesos de La Trinidad", "Excesos de Excesos de La Trinidad", "Luis Sánchez", "Continuación de Luis Sánchez", "Excesos de Luis Sánchez", "El Carmen", "El Creadero", "San Miguel", todas de veta, y "La Trinidad", mina de aluvión, que se encuentran ubicadas en los parajes conocidos con los nombres de "Hoyo Rico", "Malambó", "La Fonda" y "La Trinidad", en el referido municipio de Santa Rosa de Osos, y comprendidas todas, menos la de "San Miguel", por los linderos globales que se relacionan en el punto segundo de los hechos, y la de "San Miguel" por sus límites particulares, que en el mismo ordinal se señalan;

Que, en la reunión de socios del día 8 de septiembre de 1956, se autorizó por mayoría de acciones al presidente de la sociedad, que lo era el señor Rafael Muñoz Piedrahita, para vender al señor Jesús María Velásquez V., acciones en la sociedad, ante lo cual el doctor Roberto Uribe Muñoz, representante en dicha reunión de los hoy demandantes, manifestó la decisión de éstos de ejercer el derecho de retracto que las leyes mineras conceden, ofreciendo pagar en el acto el precio ofrecido por Velásquez y aun uno mayor; pero que los socios Alfonso Echavarría M., Helena Muñoz P. y el presidente, se negaron a aceptar la propuesta de los demandantes y, haciendo valer la mayoría de acciones que representaban en tal reunión, autorizaron la referida venta de derechos a Velásquez;

Que en la citada acta, que lleva el número 45, nada se dice en relación con la facultad de enajenar sus acciones otorgada por los representantes a los señores Echavarría M. y Muñoz P., y menos para delegar tal facultad en otra persona, como tampoco nada

respecto de la facultad de vender acciones que pertenecieran a la sociedad;

Que, sin embargo, Rafael Muñoz Piedrahita vendió a Jesús María Velásquez V., por medio de las escrituras números 3673 y 3741 de 15 y 19 de septiembre de 1956, ambas de la Notaría 6ª del Circuito de Medellín, no sólo sus propias acciones, sino también las de sus representados, las del señor Alfonso Echavarría M. y sus representados, las de su señorita hermana Helena Muñoz P. y las de sus representados, y aun las que la sociedad hubiera podido adquirir por compra a otros accionistas. En tales escrituras Muñoz Piedrahita obra "en nombre y representación de la sociedad ordinaria de minas denominada "La Trinidad", sin parar mientes en que tal sociedad no era dueña de la mayoría de las acciones que vendía y sin que exista prueba alguna de la facultad que los verdaderos dueños hubieran dado para las ventas de sus derechos, que resultan ser ventas de cosa ajena;

Que en las dichas escrituras números 3673 y 3741 fueron vendidas 778 acciones con 83 centésimos de milésima del grupo de minas denominado "Luis Sánchez"; y 256 acciones con 83 centésimas de trescientas sesentava parte del grupo "Guacamaya", lo mismo que derechos proporcionales en las comunidades de tierras "La Trinidad" y "El Cerezo" o "Aguas Frías"; y que de la venta quedaron excluídas 221 acciones con 17 centésimas de milésima en el grupo primeramente mencionado y 103 acciones con 7 centésimas de trescientos sesentavas de las del otro grupo, y derechos en igual proporción en la comunidad de tierras nombradas. Agregan los demandantes que "estas acciones excluídas, con algunas excepciones en el grupo llamado Guacamaya, nos pertenecen a los socios que formamos la minoría en la famosa reunión del ocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis (acta 145)", como también afirman que "el número de las acciones que nos pertenecen es todavía mayor, habida consideración a la venta que el señor Alfonso Echavarría había hecho con anterioridad a los accionistas del grupo de minas conocido como sección Luis Sánchez, venta que hizo por medio de la escritura número 557 de 6 de agosto de 1915, de la Notaría Tercera de este Circuito (Medellín), lo mismo que por otras adquisiciones, según lo expresa el mismo vendedor en tal título, acciones todas que, por lo visto, quedaron comprendidas también en la venta que el presidente Muñoz P. hiciera a Velásquez según la escritura 3741 tantas veces aludida";

Que Jesús María Velásquez, luego que adquirió la mayoría de las acciones, estableció ante el Juez 5º Civil del Circuito de Medellín, una acción divisoria de bienes comunes contra la sociedad representada por el mencionado Rafael Muñoz Piedrahita, sin que los demandantes hubieran sido parte en tal juicio divisorio, en el cual Velásquez remató para sí los derechos o acciones de los actores en la sociedad mencionada;

Que Muñoz Piedrahita, presidente de la sociedad, pese a las ventas hechas a Velásquez y al remate verificado por éste, continuó sin embargo, pagando derechos de estaca a la Administración de Hacienda Nacional, como lo hizo en febrero de 1958;

Que Jesús María Velásquez V. "aparece hoy como el actual poseedor de todos los bienes de la sociedad ordinaria de minas denominada La Trinidad, bienes a los cuales se encuentran afectos los derechos o acciones de que somos dueños en la sociedad ordinaria de minas denominada La Trinidad, derechos o acciones que nos fueron arrebatados por aquel poseedor de mala fe a partir de las fechas de las escrituras 3673 y 3741 de septiembre de 1956".

Con fundamento de estos antecedentes, Encarnación, María, Francisco, Lucía, Roberto, Rosa, Pena, Bernardo, Guillermo, Gabriel y Tulia Uribe Muñoz, Sofía Uribe de Hoyos, Nicolasa Uribe de Muñoz y Ester Uribe de Eusse trajeron a juicio ordinario ante el Juez 2º Civil del Circuito de Medellín, a Jesús María Velásquez V. y Rafael Muñoz Piedrahita, sustituído éste a causa de su fallecimiento por sus hermanos José María, María Beatriz, María Josefina y María Helena Muñoz Piedrahita, en impetración de las declaraciones y condena cuya proposición, siguiendo el orden en que están formuladas, se sintetiza así:

1ª Que no perjudica a los accionistas de la sociedad ordinaria de minas "La Trinidad", que no figuraron en el juicio divisorio de bienes comunes seguido contra ésta por

Jesús María Velásquez V., ninguna de las providencias de dicho juicio y que se refieren a la orden de partir tales bienes, a la aprobación de la partición, al auto que decretó el remate de los bienes, al remate mismo y al auto aprobatorio de éste;

2ª Que los demandantes son dueños de un número mayor de 221 acciones de milésima con 17 centésimas de milésima del grupo de minas denominado sección "Luis Sánchez" pertenecientes a la sociedad ordinaria de minas "La Trinidad", domiciliada en la ciudad de Medellín; y de un número mayor de 61 acciones con 69 centésimas de minas denominado "Guacamaya", también trescientas sesentava partes, del grupo de de propiedad de la misma sociedad. Subsidiariamente, que se declare que los demandantes son dueños de 231 acciones con 17 centésimas de milésima del dicho grupo de minas denominado "Luis Sánchez"; y de 61 acciones con 69 centésimas de trescientas sesentava parte del referido grupo de minas denominado "Guacamaya", minas todas ubicadas en el municipio de Santa Rosa de Osos, que se comprenden dentro de los linderos determinados en el numeral segundo de los hechos de la demanda, y sobre las cuales recaen los derechos que tratan de reivindicar.

3ª Que los demandantes son dueños de un número mayor de 221 acciones y 17 centésimas de milésima y de 61 acciones y 69 centésimas de trescientas sesentava parte, en las comunidades de tierras llamadas "Comunidad de La Trinidad" y "Comunidad de Aguas Frías o El Cerezo", de propiedad de la misma sociedad, ubicadas en el municipio de Santa Rosa de Osos y comprendidas por los linderos determinados en el numeral segundo de los hechos de la demanda, lo mismo que en el edificio de dos plantas de tapias y tejas, ubicado dentro de las tierras de la comunidad "La Trinidad", o subsidiariamente que se declare que son dueños de 221 acciones y 17 centésimas de milésima y de 61 acciones 69 centésimas en los grupos de minas conocidos con los nombres de "La Trinidad" y "Luis Sánchez", de propiedad de la dicha sociedad y, por lo tanto, dueños de tales acciones en relación con las tierras de la sociedad conocidas con los nombre de "Comunidad de La Trinidad" y "Comunidad de El Cerezo o Aguas Frías", sobre las cuales recaen los derechos que tratan de reivindicar;

4ª Que, en consecuencia de las declaraciones correspondientes a las súplicas segunda y tercera, se declare que el demandado Velásquez V. está obligado a entregar a los actores, "los derechos o acciones a que se contraen las peticiones antes aludidas", entrega que debe hacerles con los respectivos frutos, producidos o que se hubieran podido producir a partir de las fechas de las escrituras números 3673 y 3741, considerando al demandado Velásquez como poseedor de mala fe;

5ª Que se condene al demandado Velásquez en las costas del juicio.

Finalmente, el libelo reza: "No sobra advertir que no se trata de un juicio reivindicatorio de minas o de parte de ellas, sino de un juicio reivindicatorio de acciones de una compañía minera, lo que es bien diferente".

El demandado Jesús María Velásquez V., en su contestación, se opuso a que se otorgaran las súplicas impetradas; y en cuanto a los hechos, dijo exigir la prueba de algunos, rechazó otros y aceptó otros, entre éstos el de haber ofrecido "comprar unas acciones en las referidas minas" y ser ciertos los contratos de compraventa de que tratan las escrituras números 3673 y 3741 de 15 y 19 de septiembre de 1956, a las cuales manifestó atenerse; en lo relativo al hecho según el cual el presidente de la sociedad, no obstante las ventas hechas a Velásquez y al remate efectuado por éste, pagó impuestos de las minas posteriormente, en febrero de 1958, afirmó lo siguiente: "no es cierto... ese pago lo hice yo, como accionista, en nombre de todos los accionistas, inclusive los demandantes, porque el hecho de que hubiera entrado yo a formar parte de los accionistas no exime a la sociedad de pagar impuestos..."; y en lo tocante al hecho que se le atribuye de ser el actual poseedor de todos los bienes de la sociedad, contestó así: "Las minas y los terrenos los tuve en mi poder como arrendatario, mediante contrato escrito celebrado con el representante de la sociedad; de ahí en adelante los he tenido, porque los adquirí en remate público, los terrenos y el edificio, y porque aún no me ha

dicho el presidente de la sociedad a quién debo hacer la entrega, en cuanto a las minas".

De los demandados como herederos de Rafael Muñoz Piedrahita, contestaron Helena, María Josefina y Beatriz Muñoz, desconociendo los hechos y oponiéndose a los pedimentos; José María Muñoz P., en escrito por él presentado sin la asistencia de abogado alguno, asintió a los hechos y a las súplicas.

Como después de presentada la demanda, vino a fallecer el doctor Roberto Uribe Muñoz, quien fuera uno de los demandantes, entró a sustituirlo en el juicio, como heredera testamentaria, su viuda señora Luisa Velásquez de Uribe.

El primer grado del juicio, en el que ambas partes adujeron pruebas, se cerró con fallo por el cual se deniegan las súplicas de la demanda.

Por apelación de la parte actora, abrióse la segunda instancia en que se recibieron algunas pruebas de la misma parte y recayó finalmente la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de 6 de abril de 1962, plenamente confirmatoria de la del inferior.

Contra este segundo pronunciamiento interpuso la parte vencida el recurso de casación que ahora se decide.

II

Consideraciones de la sentencia recurrida

Tiénese que el Tribunal, luego de estimar que no aparece que los hermanos del demandado Rafael Muñoz Piedrahita, citados al juicio, hayan aceptado expresamente su herencia, por lo cual no puede aplicárseles el artículo 1155 del Código Civil, y que, si la sociedad por simple mayoría de votos autorizó ilegalmente la venta de acciones de su propiedad y de otros socios que dieron su asentimiento, en detrimento del derecho de retracto de los socios minoritarios, ello ha debido ser materia de una acción de nulidad, pero no de una reivindicación directa y principal como la intentada, procede a discurrir de la siguiente manera:

Que, en lo que atañe a las acciones que se reivindican, "dicen los mismos demandantes que fueron excluídas de la venta al señor Velásquez y ello es así...

"De lo anterior es concluyente manifestar que si como aparece claro el demandado señor Velásquez no alega título alguno sobre esas acciones y antes bien, conviene en que ello es así cuando hace referencia a su propuesta de citación a la reunión de la asamblea de la sociedad, y si de otra parte Velásquez carece de titularidad sobre ellas y de consiguiente no aparece título alguno inscrito que lo haga su propietario, la reivindicación que se invoca peca también respecto del requisito de la posesión del demandado que exige el artículo 946 del C. C.

"Ahora, si en la venta o enajenación que hizo Muñoz Piedrahita al señor Velásquez se comprendieron también las acciones que Alfonso Echavarría vendió al tenor de la escritura número 1557 de agosto 6 de 1915 (Fls. 96, 97 y 98 del C. de P. de los demandantes), tal enajenación, si es cierto lo que anotan éstos, debe seguir a la declaratoria de una nulidad para que a su vez sea decretada por la misma deficiencia.

"Por otra parte es de tenerse en cuenta que en la petición principal de la demanda se contiene la declaratoria de que los actores sean declarados dueños de un número indeterminado de acciones, y bien se comprende que tal señalamiento es ilegal y peca precisamente contra el ordenamiento de los cánones 946 y 949 del C. C. que exige una determinación específica, con lo cual se peca igualmente contra la claridad y especificidad en los hechos del libelo, ya que oficiosamente el Juez no puede entrar a escarbar en el expediente si no se le señala previamente en la demanda el número de acciones o cosas de cuyo pronunciamiento se trata.

"....

"Y ya se dijo que el señor Jesús María Velásquez ningún dominio o posesión está alegando de las acciones reservadas en la venta como pueden verse sus explicaciones, de tal suerte que también por este aspecto ninguna declaración podría hacerse precisamente porque falta la acreditación de la posesión de ellas por el demandado.

"... Y se repite, los demandantes ni siquiera saben en resumidas cuentas el núme-

ro total de sus acciones, colectivamente, ni mucho menos en forma individual, porque para ello habría necesidad de hacer una liquidación consistente en la reducción de las acciones de una unidad determinada a otra...

"Debe tenerse presente que la demanda habla de dos clases de acciones en los dos grupos de minas conocidos con los nombres de 'Luis Sánchez' y 'Guacamaya', pertenecientes a la sociedad ordinaria de minas denominada 'La Trinidad', y se dice que del primer grupo corresponden (se pide en forma subsidiaria) a los demandantes doscientas veintiuna acciones con diez y siete centésimas (221.17) de milésima, y sesenta y una acciones con sesenta y nueve centésimas (61.69) de trescientas sesentava parte, del segundo grupo".

Y luego de referirse a algunas de las hijuelas de la primera partición que se proyectó en la sucesión de Nicolasa Muñoz de Uribe y que fue sustituída por una nueva, conceptúa que "sólo un experto podría hacer las reducciones o la misma sociedad"; que todo ello induce a la conclusión de que "tampoco se conoce el monto de esas acciones, dado caso que la reivindicación fuera viable y suponiendo que los demás requisitos (que no están acreditados) estuvieron establecidos"; y que "son otras pues las acciones judiciales las que deberán ejercer los actores, porque si el demandado señor Velásquez no tiene título alguno de las acciones que se reclaman y como el título bien o mal expedido indica en este caso la posesión del demandado que se confunde con la misma propiedad, entonces, careciendo Velásquez de aquél, la acción resulta sin base ninguna por este aspecto".

Dando remate al cual, agrega el sentenciador que "Las demás consideraciones que podrían hacerse ya las hizo el a-quo con buen juicio, de tal manera que la providencia recurrida debe mantenerse para que las partes en otra oportunidad —si así lo estiman— promuevan el juicio o juicios pertinentes..."

III

El recurso extraordinario
La demanda de casación

Conviene advertir que ésta fija su propio alcance en el capítulo final, que reza así: "**Alcance de la impugnación.** La demanda de casación tiene por objeto obtener que se case la sentencia en cuanto a lo resuelto respecto de la súplica segunda de la demanda y su complemento de la súplica cuarta, y a que, en su lugar, procediendo la Corte como tribunal de instancia, revoque la sentencia del Juzgado en esos puntos y acceda a tales súplicas". Quiere decir que la parte recurrente está conforme con la denegación de las súplicas primera y tercera, cuya materia queda por fuera de la órbita del recurso. El cual se contrae así a la negativa de las peticiones segunda y cuarta en lo pertinente, las que aparecen relacionadas atrás, en el capítulo primero.

Dos cargos propone el recurrente en el plano de la causal primera de casación, de los cuales cabe hacer el siguiente resumen:

Primer cargo

Formulado por violación indirecta de los artículos 673, 779, 1008, 1602 y 1603 del Código Civil, a que agrega en su exposición el 1401 ibídem, y de los artículos 251, 267 y 283 del Código de Minas, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda y de errores de derecho en la estimación de las pruebas, se descompone en varios motivos, a saber:

a) Error manifiesto de hecho en la apreciación de la demanda, en cuanto el Tribunal, al considerar que se pidió una declaración de pertenencia de acciones indeterminadas, pues —dice— no se precisó la cantidad de acciones de que se trata, no tomó razón de que en la súplica subsidiaria de la segunda, como en la subsidiaria de la tercera, "se expresa con precisión la cantidad de acciones cuya declaración de propiedad se pide. Además, es de observarse que la determinación del objeto de la declaración que se pide podría estimarse hecha con la sola petición de que se les declare accionistas de la mencionada sociedad".

b) Error de derecho en la estimación de la misma demanda, en cuanto el Tribunal conceptúa que todas las súplicas constituyen una acción reivindicatoria. Pero, los demandantes, "en las súplicas segunda y tercera pidieron simplemente que se les declare dueños de ciertas acciones, y fue en la súplica cuarta en donde concretaron una acción reivindicatoria con la petición de restitución, basándose en la afirmación que hacen en los fundamentos de hecho de la demanda de que el demandado Velásquez viene poseyendo los terrenos y las minas desde septiembre de 1956. Sin embargo, el Tribunal, como ya dije, sólo ve en las dos primeras peticiones señaladas un elemento integrante de la acción reivindicatoria formulada mediante la última súplica..." Ciérrase este punto, con la afirmación de que el Tribunal por tal motivo incurrió en error de derecho.

c) Error de derecho en la apreciación de las hijuelas formadas a los demandantes en los juicios de sucesión de Nicolasa Muñoz de Uribe y de Juan de Dios Uribe G., protocolizadas en la Notaría 3ª de Medellín, mediante las escrituras números 996 de 1911 y 3068 de 1929, respectivamente (C. 7 Fls. 5 a 27 y C. 2, Fls. 73 a 81 y 90), en cuyas copias se transcriben las sentencias aprobatorias, autos de ejecutoria y las constancias del registro.

Tales hijuelas, como documentos auténticos, hacen plena prueba de su contenido, es decir, "de haberse adjudicado a los demandantes, en su carácter de herederos de los referidos causantes, esas acciones inventariadas como pertenecientes a éstos, de conformidad con el artículo 632 del C. J. en armonía con el Art. 630 del mismo Código y de los artículos 1759 y 2673 y 2674 del C. C. Y, por consiguiente, hacen prueba del carácter de propietarios por parte de los demandantes de las referidas acciones, porque la sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir la propiedad de conformidad con lo dispuesto por el artículo 673 del C. C.". Y agrega: "Esto es concluyente para el caso de autos. Como reconoce la misma sentencia del Tribunal, aquí el demandado Velásquez no sólo no exhibe título ni posesión anterior respecto de las acciones cuya propiedad se pide declarar en la súplica segunda de la demanda, sino que, por el contrario, reconoce la propiedad de las acciones allí mencionadas, en cabeza de los demandantes. No había, pues, necesidad, en el presente caso, al respecto, de complementar las mencionadas hijuelas con los títulos de los causantes". Por donde concluye que, como el Tribunal no lo reconoció así, incurrió en error manifiesto de derecho en la apreciación del valor probatorio de las hijuelas, con violación de las disposiciones legales sobre pruebas que se acaban de mencionar.

d) Error de derecho en la apreciación de las actas números 1 y 2 del mes de agosto de 1894, de la sociedad "La Trinidad". Se hace consistir en que, "El Tribunal, al prohijar las consideraciones hechas por el Juzgado, manifiesta haber examinado estas actas sin encontrar en ellas la prueba del título de los causantes Nicolasa Muñoz de Uribe y Juan de Dios Uribe G. sobre acciones mineras. Pero observemos bien esas actas y veremos que, en realidad, ellas contienen el contrato de constitución de la compañía minera de que se trata. En la primera los socios comisionan para la elaboración de los estatutos de la sociedad, y en la segunda los aprueban, estando presente en una y otra reunión el doctor Juan de Dios Uribe G. como accionista, y en representación de su mujer la citada Nicolasa Muñoz de Uribe. Los referidos estatutos no se limitan a dictar normas sobre la constitución y funcionamiento de la sociedad sino que asignan las acciones y allí se asignan a los citados Juan de Dios Uribe y Nicolasa Muñoz de Uribe un número considerable de acciones".

Estas actas, traídas al juicio oportunamente en copia auténtica expedida por el Notario 6º de Medellín, sin que su autenticidad haya sido desconocida, de acuerdo con los artículos 637, 654 y 648, en armonía con los artículos 630 y 632 del C. J. y con el artículo 1761 del C. C., hacen plena prueba del referido contrato de constitución de la sociedad minera y de que los causantes de los demandantes adquirieron un considerable número de acciones en dicha sociedad desde el año de 1894. Mas, como el Tribunal no lo reconoció así, infringió las referidas disposiciones sobre pruebas.

e) Bajo el epígrafe "Presunción sobre la cuantía de las acciones de los demandantes", se hace una acusación por error de derecho en la valoración de indicios que, dice el recurrente, tienen el mérito de plena prueba, según el artículo 665 del C. J., precepto éste que se señala como vulnerado. Los medios que la censura tiene por constitutivos de los indicios a que alude, son los siguientes:

1. El acta número 145 de 8 de septiembre de 1956, de la reunión de socios de la sociedad minera "La Trinidad" (C. 4, Fls. 9 y 10), en donde aparece Roberto Uribe Muñoz apersonando a Encarnación Uribe Muñoz y a los herederos de Nicolasa Muñoz de Uribe, con una representación de 191 acciones de milésima y 17 centésimas de milésima en la sección "Luis Sánchez", expresándose que de las 360 acciones en que está dividida la sección de "Guacamaya" "estuvieron representadas trescientas dieciocho acciones con sesenta y dos centésimas (318.62) de acción por los accionistas de la sección 'Luis Sánchez' en proporción de sus acciones". Según el recurrente, "allí mismo consta que dicho señor Uribe Muñoz era el representante de la minoría opuesta a la venta de acciones al señor Jesús María Velásquez";

2. La escritura número 3741 de 19 de septiembre de 1956, surtida once días después de la reunión que se acaba de mencionar, contentiva de la venta de acciones mineras hecha por el presidente de la sociedad al citado Velásquez, en que se hizo constar que "se reservan doscientas veintiuna acciones de milésima parte y diecisiete centésimas de acción de milésima parte (221.17) en la 'Sección Luis Sánchez' de las mil en que la sociedad la tiene dividida y ciento tres acciones de trescientas sesentavas partes con siete centésimas de acción de trescientas sesentava parte (103.07) en la 'Sección Guacamaya' **que pertenecen a los socios que no quisieron vender**' '(C. 2, Fl. 3 v.);

3. El memorial de 1º de octubre de 1956 dirigido por el presidente de la sociedad al Juez Civil del Circuito de Medellín, encaminado a obtener la citación de los integrantes de la minoría de socios, para efectos del retracto, y en donde el dicho presidente dice que las acciones que no fueren vendidas "corresponden a los siguientes accionistas, quienes según los libros no han transmitido sus derechos a otras personas y, por tanto, continúan figurando como accionistas: **Tulia Uribe M., Sofía Uribe M., María Josefa Uribe M., Ester Uribe de Eusse, Nicolasa Uribe de Muñoz, María Uribe Muñoz, Rosa Uribe M., Lucía Uribe M., Encarnación Uribe M., Bernardo Uribe M., Pedro Uribe M., Francisco Uribe M., Guillermo Uribe M., Roberto Uribe M., Gabriel Uribe M., Helena Uribe de Restrepo, Magdalena Arango viuda de Uribe, Tomás Uribe M., Emilia Mejía y Margarita Mejía**" (C. 2, Fl. 104). De esta declaración del presidente de la sociedad, dirigida al juez, deduce el impugnante que "los herederos de Juan de Dios Uribe y Nicolasa Muñoz de Uribe eran prácticamente los únicos accionistas dueños de las acciones allí mencionadas, o sea de las que no fueron vendidas al citado señor Velásquez";

4. La carta de 16 de diciembre de 1957 (C. 2, Fl. 18) en que, según el recurrente, Velásquez reconoce a los citados herederos de Juan de Dios Uribe y Nicolasa Muñoz de Uribe como dueños de las referidas acciones; y

5. Las contestaciones dadas a la demanda por Jesús María Velásquez y José María Muñoz (C. 1, Fls. 10 a 12 y 35).

Sostiene la censura que todos los anteriores documentos, que fueron vistos por el Tribunal para prohijar los argumentos del juez, constituyen indicios graves, precisos y conexos entre sí de que los demandantes son dueños de las acciones sobre las cuales versa la declaración que se pide mediante la súplica segunda de la demanda; pero que, como el juzgador no lo apreció así, quebrantó el artículo 665 del C. J., según el cual tales indicios tienen el valor de plena prueba.

Y concluye que, a consecuencia de todos los errores que deja reseñados, el Tribunal, dejó de aplicar los artículos 673, 779, 1008, 1602 y 1603 del C. Civ. y 251, 267 y 283 del C. de M. y en tal virtud desechó la súplica segunda de la demanda, confirmando la sentencia del inferior en ese punto.

Segundo cargo

Propuesto por violación indirecta de los artículos 1602, 1603, 1849 y 1857 del C. Civ.

y 251, 267 y 283 del C. de M., a consecuencia de errores de hecho manifiestos en la apreciación de las pruebas y de errores de hecho y de derecho manifiesto en la apreciación de la demanda, se hace consistir en lo siguiente: que el sentenciador no tomó razón de que en el expediente obra, debidamente registrada, la escritura número 396 de 1939, de la Notaría 2ª de Medellín (C. 2, Fls. 19 a 21), mediante la cual Encarnación Uribe Muñoz compró a María Josefa Muñoz v. de Arango 56 acciones de milésima y 17 acciones de trescientas sesentava parte, como tampoco tomó razón de que en las actas números 1 y 2 de agosto de 1894, de la sociedad minera, aparece esta señora con un número mayor de acciones en la sociedad; y que, en lo atinente a la apreciación de la demanda, los errores de hecho y de derecho son los mismos indicados en el desarrollo del cargo anterior. Como resultado de ello, el juzgador dejó de tener por establecido que Encarnación Uribe Muñoz, además de las acciones que tenía como causahabiente de Juan de Dios Uribe y de Nicolasa Muñoz de Uribe, es dueña de las acciones que compró a la citada María Josefa Muñoz de Arango, por lo cual negó la súplica segunda de la demanda, en cuanto a Encarnación, no sólo en su carácter de causahabiente de los referidos Uribe y Muñoz de Uribe, sino como compradora, según lo dicho, quebrantando en consecuencia, por falta de aplicación, las disposiciones legales indicadas.

Consideraciones de la Corte

1. Como atrás se vio, el ámbito del recurso ha sido limitado por determinación del propio recurrente a la denegación que hizo el Tribunal de "la súplica segunda de la demanda y su complemento de la súplica cuarta", por las cuales los actores solicitaron que se les declarase dueños de acciones en los grupos de minas de las secciones "Luis Sánchez" y "Guacamaya" pertenecientes a la sociedad ordinaria de minas "La Trinidad" y se condenase al demandado a las restituciones consiguientes. Ni puede pasarse inadvertido que los actores en la última parte de la demanda inicial del juicio precisaron el alcance de su pretensión, cuando expresaron que "no se trata de un juicio reivindicatorio de minas o de parte de ellas, sino de un juicio reivindicatorio de acciones de una compañía minera, lo que es bien diferente".

2. El recurrente en casación, situado en el campo de la causal primera, debió, pues, encaminar sus esfuerzos a señalar los pertinentes preceptos de derecho sustancial que hubieran sido violados por el sentenciador con el rechazo de las peticiones segunda y cuarta de la demanda. Porque, como lo tiene reconocido la doctrina, "tratándose de la causal primera de casación, la censura, para ser eficaz, debe, en todo caso, demostrar el quebranto que la sentencia recurrida infliia al derecho de esta especie, esto es, a las normas consagratorias de los derechos subietivos para cuyo reconocimiento, tutela y eficacia se han establecido los procesos y el sistema probatorio. Entonces, la impugnación por la causal de que se trata requiere que se citen los textos de derecho sustancial que se estimen vulnerados, puntualizando el concepto en que lo hayan sido. Así resulta de los artículos 520 ordinal 1º y 531 del C. J.". (Hoy Arts. 52, Ord. 1º y 63, D. 528 de 1964).

3. Esas normas de derecho sustancial, dados los aspectos de la causa con que el recurrente intenta relacionar su ataque, tendrían que ser las concernientes al dominio en que se fundaría la titularidad de los demandantes sobre las acciones cuya pertenencia han pretendido les sea declarada, y a la posesión que de las mismas han intentado vindicar. Pero, si se examinan atentamente los cargos aducidos por la censura, no se encuentra que ellos correspondan a esta indispensable exigencia, pues, las disposiciones que se enumeran como sustanciales, no han podido ser quebrantadas, unas por su índole misma, y otras por ser completamente extrañas a la materia de la controversia.

En efecto: no tienen carácter sustancial los artículos 673 y 1008 del C. Civ., porque apenas contienen conceptos descriptivos de fenómenos jurídicos: el primero, acerca de los modos de adquirir el dominio; y el segundo, respecto de la universalidad o singularidad de los títulos sucesorios. Como lo ha dicho la Corte, preceptos de semejante índole no son susceptibles de quebranto para

fines de la casación, "porque la idea de ley sustancial obra sobre normas atributivas o declarativas de derecho, y no sobre las que contengan la descripción legal de los fenómenos" (LXII, Pág. 736).

Los artículos 779, 1602, 1603, 1849 y 1857 del C. Civ., aunque sustantivos, nada tienen que ver con la materia que se litiga: No el artículo 779, porque él se refiere al efecto retroactivo de la división de la cosa que se poseía pro indiviso, y en el caso del pleito, en lo que toca con las súplicas segunda y cuarta de la demanda, únicas que en el recurso están sub-lite, no se trata de controversia sobre partición alguna; no los artículos 1602 y 1603, porque tales textos versan sobre el poder vinculatorio de los contratos y el deber de la buena fe en su ejecución, y tampoco se trata aquí de contención alguna sobre asunto contractual; y no los artículos 1849 y 1857, de los cuales el primero determina el concepto de compraventa por las obligaciones básicas de este contrato, y el segundo se refiere al momento de su perfeccionamiento, porque, según lo visto, no se ventila ahora acción alguna sobre semejante materia.

Si hubiera de tenerse como comprendido entre los artículos a que se refiere el primer cargo, el 1401 del C. Civ., que no lo relacionó el impugnante ni en la formulación inicial de la censura ni en su conclusión, pero al cual se refirió en el cuerpo de la exposición, habría que observar lo mismo que atrás se dijo relativamente al 779, por cuanto el 1401 trata del efecto retroactivo de la partición, lo cual no es cuestión litigada en este debate.

Y por lo que hace a los artículos 251, 267 y 283 del C. de Minas, de los cuales el primero se reduce a dar una definición descriptiva de las compañías ordinarias de minas y anunciar su régimen, el segundo enseña que las sociedades de esta especie no se disuelven por muerte de ninguno de los socios, y el tercero manda que desde el momento en que dos o más personas convengan en elaborar una mina deberán formalizar la respectiva sociedad, si fuere ordinaria, haciendo por lo menos el nombramiento de su presidente o director, tampoco son textos que entren en juego en este pleito, en el cual ni se discute la existencia o carácter de la sociedad minera de que se trata, ni aparece que esa existencia o carácter hayan sido desconocidos por el Tribunal.

La acusación, como está visto, no alcanza el término a que debió llegar, por falta de la determinación de los preceptos legales pertinentes al dominio en relación con los derechos cuyo reconocimiento se impetra y a la reivindicación de los mismos. según las pretensiones contenidas en las súplicas segunda y cuarta de la demanda, en armonía con su manifestación final, lo cual implica la improcedencia 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 seis (6) de abril de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA

La comunidad no es persona jurídica.— Alcance de la acción entablada por un comunero. — Quiebra. — Límites dentro de los cuales obra el sistema de "anulabilidad" de los actos del quebrado. — Cobro. — Para que lo haya no es menester que sea judicial.— El precio en la compraventa de un inmueble hipotecado. — Asunción de hipoteca. — Acción resolutoria de contratos bilaterales. — Recíprocas prestaciones. — Medio nuevo en casación. — Límite de la autonomía del fallador en la valoración de la prueba incidiaria.— La apreciación de las calidades de necesidad, unicidad, pluralidad, gravedad, precisión y conexidad de los indicios, compete al juzgador de instancia. — Acción resolutoria ejercida por el vendedor. — No es incongruente el fallo que al decretar la resolución ordena en favor del vendedor las restituciones del caso.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con fecha 9 de marzo de 1962, en el juicio ordinario seguido por Carlos Londoño Mejía frente a Adelaida Giraldo de Piedrahita y Tulio Mejía.

I

El litigio

Ante el Juez 2º Civil del Circuito de Ibagué, Carlos Londoño Mejía trajo a juicio ordinario a Adelaida Giraldo de Piedrahita y Tulio Mejía, en solicitud de que, por incumplimiento de los compradores en el pago de parte del precio, se decrete la resolución del contrato contenido en la escritura número 6009 de 11 de septiembre de 1954, de la Notaría 2ª de Bogotá, en cuya virtud el actor dio en venta, por iguales partes, a los demandados, los fundos que se llamaron "Portugal" y "San Javier", que hoy forman un solo globo denominado "Portugal", situado en la fracción de "Cucuanita" del municipio de Roncesvalles, Departamento del Tolima, con una cabida aproximada de 350 hectáreas, cubierto de pastos artificiales, y determinado el conjunto por los linderos generales que el libelo expresa; y se condene a los demandados y a la comunidad por éstos formada, a restituir al demandante los inmuebles que hoy forman el dicho globo de "Portugal" y la parte de sus frutos que hubieran podido percibirse correspondientes a la parte del precio que no fue pagada, a partir del 11 de septiembre de 1954 hasta el día en que se verifique la entrega, como también a resarcirle de todos los perjuicios que le ha causado el incumplimiento del contrato, perjuicios que el actor estima en la cantidad de $ 50.000.00, o según la regulación que de los mismos se haga en el curso del juicio.

Subsidiariamente, para el caso de que las referidas súplicas no hayan de decretarse personalmente contra los demandados Mejía y Giraldo de Piedrahita, solicita que se otorguen "contra la comunidad que ellos

formaron por el solo hecho de la compra por iguales partes".

Y luego, para el supuesto de que lo así impetrado tampoco se conceda, pide condicional y subsubsidiariamente que se condene a a los demandados Mejía y Giraldo de Piedrahita, a pagar al actor la cantidad de $ 50.000.00 correspondientes a la parte no pagada del precio, y sus intereses legales desde cuando esta suma se hizo exigible hasta cuando se verifique el pago.

Como causa de sus pretensiones el demandante alega los siguientes

Hechos

Que éste, por medio de la escritura número 325 de 17 de marzo de 1954, de la Notaría 1ª de Ibagué, hipotecó los predios de su pertenencia denominados "Portugal", "San Javier" y "Arratia", ubicados en Roncesvalles, en favor de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero - Sucursal de Ibagué, por la suma de $ 50.000.00 moneda corriente, que de esta entidad tomara en préstamo;

Que, luego, mediante la escritura número 6009 de 11 de septiembre de 1954, de la Notaría 2ª de Bogotá, el actor vendió a los demandados los fundos de "Portugal" y "San Javier", por el precio de $ 80.000.00, de los cuales los compradores le satisficieron $ 30.000.00, y se comprometieron a pagar los restantes $ 50.000.00, por cuenta del vendedor, a la mencionada Caja de Crédito, con el fin de liberar del dicho gravamen hipotecario, no sólo las fincas objeto de la compraventa, sino también la de "Arratia", de que continuó siendo dueño el demandante;

Que los demandados "nunca cumplieron con la obligación de pagar a la Caja Agraria", por lo cual el demandante "se vio obligado a pagar directamente y por conducto de comisionados o mandaderos suyos la citada suma de cincuenta mil pesos";

Que esto le ocasionó al peticionario graves perjuicios, entre otros el de que, por haber tenido que servir esa obligación, tuvo que descuidar otras, lo cual lo llevó a ser declarado en quiebra por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Ibagué, si bien fue posteriormente rehabilitado;

Que el peticionario dejó de percibir los frutos de todo orden que produjeron o pudieron haber producido los fundos de "Portugal" y "San Javier"; y

Que el mismo cumplió por su parte con todas las obligaciones de vendedor.

En derecho invocó los artículos 1546, 1608, 1930 y 1932 del Código Civil.

Los demandantes, separadamente, contestaron así:

El apoderado de Tulio Mejía dijo: No ser cierto que los compradores se hubieran comprometido a levantar la hipoteca de la finca de "Arratia", y haber ocurrido que éstos, por medio de Bernardino Piedrahita, esposo de la demandada Adelaida Giraldo de Piedrahita, a quien se entregó la finca, en cuyas manos está, y en donde se efectúan negocios de ganado en participación con Mejía, pagaron a la Caja de Crédito Agrario de Ibagué la cantidad de $ 36.200.00, imputables a la sobredicha obligación de $ 50.000.00, que así quedó reducida a $ 13.800.00 (4º); que, por lo tanto, para "la parte insoluta, por la cual estaba respondiendo la finca, o sea por la suma de trece mil ochocientos pesos ($ 13.800.00 m/l.) moneda legal, la Caja Agraria estaba más que suficientemente respaldada" (5º); que, desde el momento en que los demandados se obligaron a pagar la deuda en pro de la Caja, y en subsidio a responder con el inmueble de su propiedad hipotecado, el actor no tenía por qué hacer pago alguno de la misma; que no es cierto que ello le haya ocasionado la quiebra, pues ésta, a petición suya, ocurrió el 11 de enero de 1957 y su rehabilitación se operó el 23 de enero de 1959, por lo cual el pago que dentro de tal lapso hubiera hecho implicaría un pago por otro y contra imperativos legales, siendo de advertir que Londoño no incluyó tal crédito en la relación de la quiebra; que la finca hipotecada es de propiedad de los demandados, quienes "cubrieron el precio dado por ella, en dinero efectivo y subrogándose en una obligación hipotecaria"; y que tanto el vendedor, como los compradores, cumplieron con sus obligaciones. El mismo contestante interpuso las excepciones que denominó incompetencia de jurisdicción e inepta demanda. Dijo luego objetar la cuantía, "por cuanto el único saldo insoluto de la Caja Agraria que pudo haber pagado el actor fue la suma de $ 13.800.00 moneda le-

gal, pago que hizo sin autorización alguna de los demandados", de modo que "era a la Caja de Crédito Agrario de Ibagué a quien correspondía cobrar la parte insoluta", en razón de lo cual este demandado propuso también la excepción de "ilegitimidad de personería en la parte demandante". Finalmente manifestó oponerse a todas y cada una de las peticiones del libelo.

Por su parte el apoderado de Adelaida Giraldo de Piedrahtia contestó: "Como es evidente que mi demandante (sic) no pudo cumplir con los pagos a que estaba obligada de conformidad con la escritura pública número 6009, de 11 de septiembre de 1954, de la Notaría Segunda de Bogotá, y con el fin de que no sea condenada en costas, ni me opongo ni acepto la prosperidad de las peticiones de la demanda. Me atengo a lo que resulte probado en los autos". En cuanto a los hechos, manifestó que deben probarse los correspondientes a perjuicios y frutos que alega el actor, y aceptó todos los demás, entre los cuales está el de la letra e), consistente en que los demandados nunca cumplieron la obligación de pagar a la Caja Agraria, por lo que el actor "se vio obligado a pagar directamente y por conducto de comisionados o mandaderos suyos la citada suma de cincuenta mil pesos".

Luego de rechazadas, en el incidente respectivo, las excepciones dilatorias propuestas por Tulio Mejía, surtióse, con aducción de pruebas de una y otra parte, la primera instancia, a que recayó fallo por el cual, en lo sustancial, se decidió así: Declarar resuelto el contrato de compraventa de que se trata (1º); condenar a los demandados y a la comunidad por ellos formada, a las siguientes prestaciones en favor del actor: a restituirle el inmueble denominado "Portugal", objeto del contrato resuelto, en el mismo estado en que de él lo recibieron; a restituirle los frutos que el inmueble hubiera producido, desde el 11 de septiembre de 1954 hasta el día en que se verifique su entrega; y a pagarle, por concepto de indemnización de perjuicios, la suma de $ 54.000.00 moneda legal, por cada año corrido a partir del 17 de marzo de 1959 (2º, 3º y 4º); condenar al actor a restituir a los demandados la suma de $ 30.000.00 que él recibió como parte del precio de la referida venta (5º); y condenar a los demandados y a la comunidad por ellos formada al pago de las costas del juicio (6º).

A virtud de apelación interpuesta por parte de Tulio Mejía, tramitóse el segundo grado del juicio, que culminó con la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de fecha 9 de marzo de 1962, por la cual, reformando la del inferior, se determina lo siguiente:

Declarar resuelto, por incumplimiento de los compradores en el pago de parte del precio convenido, el contrato de compraventa en referencia, y ordenar, por lo tanto, la cancelación de la escritura en que se celebró y la de su inscripción en el Registro (1º, 2º y 3º);

Condenar a los demandados y a la comunidad por ellos formada, a las siguientes prestaciones en favor del actor: A restituirle el inmueble denominado "Portugal", objeto del contrato resuelto; a pagarle los frutos que hubiere podido producir el mismo inmueble, en proporción a la parte del precio dejado de pagar por los compradores o sea la cantidad total de dieciseismil seiscientos pesos ($ 16.600.00), desde el 11 de septiembre de 1954, los cuales serán regulados al tenor de lo dispuesto por el artículo 553 del C. Judicial; y a pagarle los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato en la misma proporción, que serán igualmente regulados en conformidad al artículo 553 citado, más las costas de la primera instancia del juicio (4º, 5º, 6º y 7º);

Condenar al demandante a "restituir a los demandados, por partes iguales, la cantidad abonada por los compradores al precio convenido, o sea, sesenta y tres mil cuatrocientos pesos m/l. ($ 63.400.00)" (8º);

Disponer que la restitución del inmueble de que se trata deberá ser hecha por los demandados, dentro del término de cinco días subsiguientes al de la liquidación y aprobación definitiva de las prestaciones mutuas (9º);

Ordenar que los oficios sobre cancelación del título y de su registro, sean librados una vez aprobada la liquidación de mutuas prestaciones (10); y

No hacer condenación en costas de la segunda instancia.

Contra este último pronunciamiento interpusieron el recurso de casación, el deman-

dante Londoño Mejía y uno de los demandados, el señor Mejía Roldán, recurso que, habiendo tenido el trámite de regla, ha llegado al punto de recibir la presente sentencia.

II

Consideraciones del fallo recurrido

El Tribunal, sobre la base de la legalidad del contrato de compraventa celebrado entre el demandante Londoño, como vendedor, y los demandados Mejía y Giraldo de Piedrahita, como compradores, según la escritura número 6009 de 11 de septiembre de 1954, de la Notaría 2ª de Bogotá, cuyo precio se fijó en la cantidad de ochenta mil pesos ($ 80.000.00) moneda corriente, de los cuales el vendedor declaró tener recibidos, a su entera satisfacción, de manos de los compradores y por iguales partes, treinta mil pesos ($ 30.000.00), y en que se estipuló que los cincuenta mil pesos ($ 50.000) restantes se destinaban a que por los compradores se pagase la deuda que por esta suma había contraído el vendedor en favor de la Caja de Crédito Agrario de Ibagué, garantizada con hipoteca del inmueble de "Portugal", objeto de la compraventa, observó que esa garantía real no era otra que la hipoteca abierta que Londoño había establecido por medio de la escritura número 325 de 17 de marzo de 1954, de la Notaría 1ª de Ibagué, y la cual, en el momento de celebrarse la compraventa, estaba respaldando dos pagarés suscritos por él a favor de la dicha Caja, acerca de lo cual, el sentenciador se expresa así:

"...como esta es una hipoteca del tipo intitulado hipoteca abierta, ella amparó los pagarés suscritos por el constituyente del gravamen hipotecario señor Carlos Londoño Mejía a favor de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de esta ciudad, el uno por $ 25.000.00, de fecha 18 de marzo de 1954, **con vencimiento en 18 de marzo de 1955**, el cual lleva el número 133, y por el cual se estipuló que el deudor debía abonar una cuota de $ 12.500.00 **el 18 de septiembre de 1955 y la última el 18 de marzo de 1955**, con los respectivos intereses anticipados; y el otro de la misma fecha, el cual lleva el número 384 por $ 25.000.00 **con vencimiento el 18 de marzo de 1959**, que debía ser cubierto en nueve cuotas semestrales de $2.800.00 las ocho primeras y de $ 2.600.00 la última. La primera el 18 de marzo de 1955; la 2ª el 18 de septiembre de 1955; la 3ª el 18 de marzo de 1956 y así sucesivamente sin interrupción cada seis meses, hasta completar las nueve cuotas, debiendo pagar la última el 18 de marzo de 1959, y los intereses anticipados por saldos pendientes".

Luego de estimar que, en virtud de lo pactado, "los compradores como parte del precio convenido tenían que cumplir rigurosamente con el deber de cancelar tales cuotas en el lugar y tiempo convenidos en esos pagarés, vinculados a la garantía hipotecaria con la que estaban amparados", advierte que "no se llevó a efecto la subrogación directa con intervención de la entidad acreedora, aun cuando ésta sí tuvo noticia de ello, según aparece comprobado en el expediente, pero comoquiera que, por la garantía real la entidad podía perseguir los bienes gravados con hipoteca, y además **personalmente al constituyente de los pagarés precitados**, no se operó concretamente el fenómeno de la novación, y no fue liberado el constituyente de la hipoteca y de los pagarés señor Carlos Londoño Mejía, quien desde luego y por ese aspecto figuró en los libros de la Caja de Crédito Agrario como el deudor principal vinculado tanto en forma personal con su firma en los pagarés como con la garantía real por él constituída".

De todo lo cual deduce que si no se operó la novación y Londoño no fue liberado, **"la acción impetrada es viable** y que, si los compradores en realidad no cumplieron con esa obligación de pagar en el lugar y tiempo convenidos, podía demandar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios al tenor de lo dispuesto por el artículo 1930 del C. C.".

Sentado este presupuseto, procede el juzgador a verificar sobre el material probatorio cómo se produjo, y en qué extensión, el incumplimiento de los compradores, tarea en la que obtuvo los resultados que expresa así:

"...esos pagarés números 133 y 384 por $ 25.000.00 cada uno fueron cubiertos a la entidad acreedora en la siguiente forma:

Pagaré 133 de marzo 18 de 1954 con vencimiento el 18 de marzo de 1955.

Septiembre 29 de 1954, consignó Bernardino Piedrahita .. ..$	12.500.00
Abril 14 de 1955, consignó Bernardino Piedrahita ... ...$	12.500.00
$	25.000.00

Pagaré número 384 de 18 de marzo de 1954 con vencimiento el 18 de marzo de 1959.

Junio 7 de 1955, consignó Carlos Londoño ... ...$	2.800.00
Noviembre 7 de 1955, Ernesto León Díaz ... ...$	2.800.00
Septiembre 6 de 1956, Bernardino Piedrahita ... ...$	2.800.00
Septiembre 21, incógnito el consignante ... ...$	2.800.00
Octubre 2 de 1958, Carlos Londoño Mejía ... ...$	13.800.00
$	25.000.00

Vale decir que el actor Carlos Londoño Mejía sobre esta última obligación número 394 consignó personalmente la cantidad total de $ 16.600.00 por concepto de principal, además de los intereses de que dan cuenta los comprobantes de caja agregados al expediente...".

Los indicios de que el sentenciador dedujo que los abonos parciales hechos por Bernardino Piedrahita, Ernesto León Díaz y el consignante incógnito a los pagarés en favor de la Caja, lo fueron por cuenta de los demandados, los presenta el Tribunal así: a) El que Carlos Londoño, en el juicio de quiebra, no hubiera hecho figurar a la Caja de Crédito Agrario entre sus acreedores, ni incluído en su activo la cantidad que abonó el 7 de junio de 1955 a la misma entidad, lo que indica que Londoño se había despreocupado de tales obligaciones por considerarlas como corrientes a cargo de sus compradores, quienes habían tomado sobre sí por la escritura pública de la compraventa la obligación de pagar esos $ 50.000.00 debidos por el vendedor a la Caja; b) La manifestación que al Inspector de la Caja hizo Bernardino Piedrahita, en la visita que el primero efectuó a las fincas de "Portugal" y "San Javier", con motivo de haber sido éstas vendidas por el actor a los demandados, solicitantes ahora de crédito, es a saber: que el dicho Piedrahita, "quien en la actualidad administra las fincas San Javier y Portugal, manifestó que los nuevos dueños se encontraban en condiciones de pagar el saldo de la cuenta ($ 13.800.00) en un solo contado cuando la Caja tuviera a bien cancelar la hipoteca"; c) El hecho de ser ciertamente Bernardino Piedrahita el administrador del predio del contrato, circunstancia de que son pruebas, la carta de 27 de marzo de 1956 dirigida por los demandados a la Caja, en solicitud de crédito, en que le manifiesta que "El señor Bernardino Piedrahita Henao, quien administra nuestros intereses en Roncesvalles, dará a Ud. más amplios informes sobre la inversión del préstamo que solicitamos", y los testimonios de Gerardo Castro, Jorge Chacón y Eduardo Londoño Covaleda, "quienes si hablan de un negocio de ganado llevado a cabo entre Tulio Mejía y Bernardino Piedrahita, no dejan, sobre todo Castro y Londoño Covaleda, de destacar la calidad de administrador que tenía el señor Bernardino Piedrahita de la finca Portugal, por cuenta de su esposa Adelaida Giraldo de Piedrahita y de don Tulio Mejía Roldán"; d) El hecho de que Bernardino Piedrahita estaba casado por el rito católico con la demandada Adelaida Giraldo, cuyo matrimonio se efectuó el 8 de agosto de 1928. De lo que resulta que, si Piedrahita era el cónyuge de la condueña del predio y, además administrador de éste, no se entiende cómo hubiera podido efectuar abonos a la Caja, sino por cuenta de los propietarios del fundo que administraba; e) La circunstancia de no existir prueba de que Bernardino Piedrahita hubiese hecho tales consignaciones por cuenta de Carlos Londoño Mejía, y antes bien existir en el archivo de la Caja una nota de su agencia en que se dice que "en nuestra contabilidad y archivos no encontramos que el señor Piedrahita haya efectuado abonos a nombre del señor Londoño Mejía"; y f) El que "ante la situación del señor Londoño Mejía, en estado de falencia, y de la falta de determinación de su pasivo y activo en relación con esta negociación de la Caja de Crédito Agrario, tampoco podría decirse que el abono que hizo el

señor Ernesto León Díaz, ni el que efectuó un incógnito, lo hayan sido uno y otro por cuenta de Londoño Mejía sino por cuenta de quienes por medio de la escritura de compraventa, señores Adelaida de Piedrahita y Tulio Mejía Roldán habían adquirido la obligación de realizar esos pagos".

Consideró, además, el juzgador, lo siguiente: que si los abonos que no aparecen personalmente hechos por Carlos Londoño tuvieron que ser imputados a su cuenta pendiente en la Caja, "por cuanto no hubo cambio de deudores aceptado por la Caja de Crédito Agrario, ni liberación del constituyente señor Carlos Londoño Mejía de sus obligaciones garantidas con hipoteca y personalmente, esto no significa necesariamente que tales abonos hubieran sido efectuados **por su cuenta** lo que es bien distinto"; y que es inútil divagar sobre el pago efectuado por Londoño cuando estaba en estado de quiebra, pues no habiendo figurado en el juicio de quiebra el negocio con la Caja, "y estando rehabilitado ya el quebrado, como consta de autos, esa solución debe producir todos los efectos consiguientes".

Atento todo lo cual, el fallador tiene por cierto que "las únicas cantidades de dinero que pueden estimarse consignadas por cuenta de Carlos Londoño Mejía", imputables al principal del pagaré número 384 son: la de $ 2.800.00, cubierta el 7 de junio de 1955 y la de $ 13.800.00, el 2 de octubre de 1958, para cancelar la obligación total. Fuera de lo cual, Londoño pagó en razón de intereses, las cantidades de $ 52.78 y $ 467.13, en la primera de tales fechas y $ 2.017.48 en la segunda. "O sea la cantidad total de diecinueve mil ciento treinta y siete pesos con treinta y nueve centavos por capital e intereses que él, como está demostrado, canceló habiéndolo debido hacer los compradores".

Considera el Tribunal que, cuando Londoño, por incumplimiento de aquéllos, se vio precisado a efectuar, el 7 de junio de 1955, el abono de $ 2.800.00 a la obligación número 384, esa cuota estaba vencida desde el 29 de mayo anterior; y que, cuando el mismo Londoño pagó a la Caja, el 2 de octubre de 1958, el saldo de $ 13.800.00, con el fin, no sólo de cancelar la hipoteca, sino de poder obtener de la Caja un préstamo con garantía del Estado, "los compradores estaban en mora de abonar desde el 18 de marzo de mil novecientos cincuenta y siete (1957). Por tanto, está demostrada la mora en el pago de la parte que tuvo que pagar el señor Carlos Londoño Mejía".

Finalmente, en lo tocante con la condenación de los demandados al pago de frutos y perjuicios, aclara que ello no significa carga doble por el mismo concepto, "sino que una cosa son los frutos dejados de percibir por el vendedor en relación con el precio no pagado y otra los perjuicios sufridos simplemente con el incumplimiento del contrato".

Tales los motivos determinantes de la decisión recurrida.

III

El recurso de casación del demandado Mejía

Por razón de lógica, se impone considerar en primer lugar la acusación deducida por parte del demandado Tulio Mejía, comoquiera que ella se encamina primordialmente a atacar la sentencia en cuanto decretó la resolución del susodicho contrato de compraventa.

Siete cargos propone este recurrente en la órbita de la causal primera, a cuyo estudio se atenderá siguiendo el orden en que vienen propuestos.

Cargo primero

Formulado por violación directa, a causa de interpretación errónea, de los artículos 16 a 22 de la Ley 95 de 1890, 2322, 2323, 2324 y 2325 del Código Civil, que se dicen erróneamente interpretados e indebidamente aplicados al caso del pleito, se hace consistir en que las condenaciones contenidas en los ordinales 4º, 5º y 6º de la resolución del Tribunal aparecen hechas contra los demandados Tulio Mejía Roldán y Adelaida Giraldo de Piedrahita y **"la comunidad por ellos formada"**, como si ésta fuese una persona jurídica. Es decir que el sentenciador, en cuanto condenó a la comunidad formada por los demandados, quebrantó los preceptos en referencia.

Se considera

Ciertamente, la comunidad, sea a título universal como la de los coherederos en una sucesión ilíquida, sea a título singular como la de los copropietarios de una cosa corporal determinada, no es persona jurídica. Vale decir que la comunidad no personifica sujeto de facultades y deberes distintos de los partícipes que la forman.

En el estado de comunidad, que es concurrencia de derechos autónomos vinculados a una misma cosa, cuanto a ella concierne interesa directa y personalmente a todos y cada uno de los indivisarios, de modo que cualquiera de éstos, en defensa de su propio derecho, puede por sí solo demandar para la comunidad todo lo que a ésta corresponde. No porque los comuneros se representen los unos a los otros, sino porque es a través de la gestión en pro del todo, como cada comunero puede propugnar su interés personal afecto a la suerte del conjunto. Tiene así admitido la jurisprudencia que "la gestión procesal de cualquier comunero en beneficio de la comunidad, aprovecha a todos; pero aquélla que no la favorece, sólo perjudica al gestor" (Cass. 1º abril 1954, LXXVII, 2140, Págs. 346 y 347; 10 noviembre 1960, XCIV, 2233/34, Págs. 58 y 59).

De todo lo cual resulta que, cuando llegare a proferirse sentencia en favor de la comunidad, el proveído ha de entenderse otorgado en beneficio de todos los partícipes que la integran, a cada uno en lo correspondiente a su respectiva cuota; pero si el fallo fuere adverso, entonces no podrá obrar sino contra los comuneros que individualmente se hicieron parte en el litigo, mas no contra los demás, que fueron extraños al juicio, porque, como ya está dicho, ni la comunidad es persona jurídica, ni los comuneros se representan los unos a los otros.

Así las cosas, resulta que las condenas pronunciadas, en la sentencia recurrida, contra los dos únicos compradores y propietarios de la finca que fue objeto del contrato resuelto y únicos obligados por igual a las prestaciones en que se traducía la resolución del mismo, bastaban por sí solas a fijar y llenar el extremo pasivo de la decisión. Quiere decir que, condenados los únicos comuneros personalmente, la yuxtaposición de la comunidad a los mismos es una mera tautología que, por serlo, nada añade a la sustancia de la decisión, ni la modifica. De donde, el cargo por este concepto carece de trascendencia en el recurso extraordinario, si bien permite observarle al Tribunal su falta de sobriedad o de elegantia juris, al sentenciar contra la comunidad en el mismo acto en que se está condenando nominativa y directamente a sus únicos componentes, los demandados Mejía y Giraldo de Piedrahita.

Cargos segundo y tercero

Se imputa por éstos al Tribunal la violación de unas mismas normas sustanciales, en el un caso en forma indirecta, por error de hecho en la apreciación de una prueba, y en el otro, en forma directa.

a) Cuanto al reparo por quebranto indirecto, el error de hecho se hace consistir en que, no obstante que la copia traída del juicio de quiebra del demandante Londoño muestra que su rehabilitación tuvo lugar por auto de 23 de enero de 1959, el Tribunal vio mal dicha copia, pues entendió que el pago hecho por Londoño a la Caja, el día 2 de octubre de 1958, lo fue "estando rehabilitado ya el quebrado".

Este error de hecho —dice el impugnante— llevó al juzgador a violar los siguientes artículos del Código Civil: por aplicación indebida, los 1625 y 1626, en cuanto consideró que existía un pago válido; los 1930, 1932, 1613 y 1614, en cuanto estimó que operaba la resolución del contrato y la condena al pago de frutos y perjuicios, y el 1546 por lo mismo. Si el Tribunal no le hubiera dado valor a ese pago hecho por Londoño, en fraude de los demás acreedores, sin capacidad para celebrar acto jurídico alguno y, por ende, sin consentimiento válido, no habría encontrado fundamento para la acción resolutiva, ya que es el único pago que reconoció como hecho por el actor sin que la Caja estuviera demandando por ese saldo. Y, refiriéndose a los mismos motivos, acusa la sentencia por falta de aplicación de estos otros artículos del propio Código: 1502, 1503, 1509, 1515, 1516, 1519, 1521 y 1523, en cuanto configuran la nulidad del pago por carencia de consentimiento válido, dolo o fraude, objeto ilícito y contraven-

ción al Decreto-Ley 750 de 1940, sobre quiebras, del cual señala como infringidos, por falta de aplicación, los artículos 1º, 6, 12, 13, 15, 21, 22, 23, 43, 46, 49 y 50 que —dice el impugnante— preceptúan "la incapacidad del quebrado, el embargo total de sus bienes, la representación por el síndico de la quiebra y la terminación de esas incapacidades únicamente con la ejecutoria del auto que otorgue la rehabilitación, de lo cual se deduce igualmente la nulidad de todo acto ejecutado directamente por el quebrado y con mayor razón si se trata de cancelar presuntas deudas con acreedores que no figuran en el juicio...".

b) En la censura por violación directa de la ley sustancial, el impugnante, colocándose sobre el supuesto de que el Tribunal, al estimar la prueba, no hubiera incurrido en el error de hecho antes cuestionado, imputa al sentenciador la infracción de los mismos preceptos con que toca el reparo inmediatamente anterior, a que agrega ahora, entre los artículos vulnerados por falta de aplicación el 1509 del Código Civil, omitiendo citar en este grupo el 1515 ibíd. Los argumentos que informan este sector de la acusación, atañederos a las normas que se dicen quebrantadas, son, en lo sustancial, los mismos expuestos en el punto precedente. "Tales violaciones —dice— se presentan independientemente de toda cuestión de hecho, en virtud de la tesis de la sentencia, de que es válido el pago verificado por un quebrado a quien no figura como acreedor reconocido en el juicio y de una deuda que tampoco se ha incluído allí".

Se considera

a) No es cierto que el Tribunal hubiera incurrido en el error de hecho de hacer decir a la copia tomada del juicio de quiebra de Carlos Londoño, que éste se hallaba rehabilitado el día 2 de octubre de 1958, en que pagó a la Caja de Crédito Agrario el saldo del pagaré número 384. Porque, lo que el sentenciador vio fue exactamente lo contrario. Su punto de partida en la consideración de este aspecto es el de que Londoño se encontraba en estado de quiebra cuando hizo tal pago. Al efecto, dijo: "Es inútil divagar sobre el pago efectuado por este señor **cuando estaba en estado de quiebra**", inutilidad que explica en razón de que, no habiendo figurado este crédito en el juicio de quiebra, ni tomádose en éste cuenta alguna de su pago, "y estando rehabilitado ya el quebrado, como consta de autos ,esa solución debe producir todos los efectos consiguientes". El pensamiento, pues, del juzgador es diáfano en el sentido de que, si Londoño, cuando se encontraba en estado de quiebra, pagó a la Caja el saldo de la obligación, no cabe desconocer los efectos de ese pago, ahora cuando ya está rehabilitado el quebrado.

No dándose, pues, el pretendido error de hecho, no procede el cargo propuesto por este motivo.

b) La censura que por violación directa de ley sustancial informa el cargo tercero, se inspira en el pensamiento del impugnante, de que, para el caso de que hubiera podido existir mora de los demandados en el pago a la Caja del saldo que le satisfizo Londoño y a cuya solución se habían obligado los compradores en el contrato de venta, esa mora, en las relaciones entre el vendedor demandante y los compradores demandados, sólo habría podido configurar sus efectos jurídicos, con resonancia sobre la suerte del contrato de compraventa, en el caso de que Londoño hubiera hecho un pago válido. Pero que, como éste se encontraba entonces en estado legal de quiebra, el pago por él efectuado fue nulo de pleno derecho y, por lo tanto, no podría tomarse como consagración del incumplimiento de los compradores. En este sentido, el argumento medular del cargo es el de que, siendo el pago del saldo de la obligación hecho por Londoño absolutamente nulo y no habiéndolo entendido así el Tribunal, sino reconocídole efectos de solución válida, violó los artículos del decreto-ley sobre quiebra que el recurrente cita, con la secuela de infracciones de todos los preceptos del Código Civil que igualmente señala.

Ahora bien: aunque el pago hecho por Londoño a la Caja de Crédito Agrario hubiera sido absolutamente ineficaz —que no lo fue como se verá luego—, es claro que ello nada tendría que ver con el incumplimiento de los compradores, quienes, en el

supuesto de no haber podido pagar directamente a la Caja la obligación del quebrado, debieron hacerlo a través de la masa representada por el Síndico (D. L. 750 de 1940, Arts. 22 y 23). Porque el hecho de que el vendedor Londoño hubiera sido constituído en estado de quiebra, en manera alguna suspendía el cumplimiento de las obligaciones que para con él contrajeron los compradores.

Pero, ante el planteamiento hecho por el impugnante, conviene considerar lo siguiente: no es exacto que los actos de disposición y administración de bienes que ejecute el quebrado, sean por este solo motivo nulos de pleno derecho, pues, como lo preceptúa el artículo 36 del decreto en cita, apenas "son anulables". Son actos que, aunque verificados en circunstancias anómalas, tienen vida y eficacia, mientras no sean rescindidos por sentencia judicial, en favor de la masa de los acreedores, contra las partes y los terceros de mala fe. Así lo enseña el artículo 37 ibídem, según el cual "las nulidades de que trata el artículo anterior se establecen en relación con la masa de los acreedores y sólo por ella pueden ejercerse; pero no pasan contra terceros de buena fe"; y el 38 ibíd. dispone que las acciones de que tratan los textos anteriores se tramitarán, "como articulaciones dentro del juicio de quiebra", sin que puedan proponerse más allá del último día del término probatorio de dicho juicio, y que "transcurrido este término no podrá promover el Síndico acciones de nulidad sino a virtud de conocimiento posterior de hechos o actos de que no pudo tenerse conocimiento antes, previo juramento sobre esta circunstancia y en juicio ordinario. Estas acciones sólo pueden promoverse dentro del año siguiente al día del vencimiento del término probatorio". Tales los límites dentro de los cuales obra, atenta la situación de quiebra, el sistema de "anulabilidad" de los actos del quebrado y que se inspira en la urgencia de coordinar la estabilidad que reclaman las relaciones jurídicas de los comerciantes con la viabilidad de las acciones tendientes a desvirtuarlas.

Si, en la especie del litigio, el pago hecho por el actor Londoño a la Caja de Crédito Agrario, el día 2 de octubre de 1958, cuando aquél se encontraba en estado de quiebra, pudo ser anulado, no aparece que hubiera sido judicialmente rescindido, lo que no habría sido procedente sino a virtud de demanda del síndico de la quiebra, único que hubiera podido ejercitar tal acción en nombre de la masa de los acreedores (Arts. 23 y 37) y dentro de los términos oportunos (Art. 38). Pero, como el quebrado fue rehabilitado mediante providencia judicial ejecutoriada, en cuya virtud se deshizo el concurso y desapareció la personería del síndico, quiere decir que precluyó toda posibilidad para demandar, por el motivo específico que se contempla, la anulación de ese pago hecho por Londoño, cuya eficacia bajo este punto de vista quedó en firme y no puede ahora ser discutida por la parte demandada.

Queda así desprovista de su fundamento toda la argumentación desplegada por el recurrente en el intento de demostrar la violación de los varios textos legales con que el cargo se relaciona, el que, por lo tanto, se desecha.

Cargo cuarto

Está formulado por violación indirecta de los artículos 1930, 1932, 1546, 1613 y 1614 del Código Civil, la cual se hace consistir en que el Tribunal aplicó indebidamente esos textos al caso del pleito, "en cuanto declaró la resolución del contrato y condenó a pagar frutos y perjuicios, sin que existiera incumplimiento de pagar el precio por los demandados". Señálase como causa de la infracción el haber incurrido el sentenciador en manifiesto error de hecho en la apreciación del pagaré número 384.

Con el propósito de fundar este aserto, alégase lo siguiente:

Que "A folio 18, C. 1º, aparece el pagaré por $ 25.000.00, con vencimiento al 18 de marzo de 1959; en él se dice que la Caja podrá exigir el pago ("pudiéndose exigir el pago"), en caso de mora en el pago de cuotas, pero no que quedará automáticamente exigible. Esto significa que como la Caja no había ejercitado acción alguna para el cobro de la totalidad, no hizo uso de esa facultad y el pagaré se encontraba con plazo pendiente";

Que el error de hecho del Tribunal consistió en no haber visto que el pagaré vencía el 18 de marzo de 1959 y haber considerado

que los demandados se encontraban en mora de satisfacer ese saldo a la Caja, el 2 de octubre de 1958, en que lo pagó el actor Londoño;

Que ningún valor tiene ante terceros, como son los demandados, la imputación que la Caja le dio, con el consentimiento de Londoño, al pago hecho por éste y haber cobrado intereses como si el saldo estuviera vencido desde antes; y

Que lo que Londoño hizo fue un pago voluntario y anticipado a la Caja, no porque ésta se lo estuviera exigiendo, sino para poderse beneficiar de un préstamo de rehabilitación. A lo que el recurrente agrega que la Caja había aceptado tácitamente que los compradores estaban a cargo de esa deuda.

Se considera

No resulta cierto que el Tribunal hubiera hecho decir al pagaré número 384 lo que éste no expresa. Para el recurrente, tal documento apenas dice que, en caso de mora en el servicio de las cuotas, la Caja podrá exigir el pago de la obligación, "pero no que quedará automáticamente exigible". Sin embargo, lo que el pagaré reza en el punto (f. 18v. c. 1) es lo siguiente: "Por falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el deudor, en este documento o en cualquiera otro a favor de la Caja, se tendrá por vencido el plazo de pleno derecho, si no lo estuviere ya, pudiéndose exigir el pago inmediato no sólo de la cuota o cuotas demoradas, sino de todo el capital pendiente y de sus intereses a la tasa corriente estipulada, más la penal, también estipulada, del dos por ciento (2%) anual, desde el día del retardo o del incumplimiento, hasta el día en que se verifique el pago completo de la deuda" (se subraya).

Quiere esto decir que la demora del deudor en el pago de una cualquiera de las cuotas implicaba el vencimiento del plazo "de pleno derecho", esto es, que en ese evento y por virtud de la ley del contrato, la obligación se hacía exigible en su totalidad. Así que el pasaje que de la transcrita cláusula dice: "pudiéndose exigir el pago inmediato no sólo de la cuota o cuotas demoradas, sino de todo el capital pendiente y de sus intereses...", es apenas un complemento expositivo de las consecuencias del vencimiento automático del plazo. Si así, no fuese, ningún sentido tendría la estipulación sobre vencimiento "de pleno derecho", lo que sería una conclusión errónea ante la claridad de los términos e inadmisible frente al principio legal de que "el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno" (1620 C. Civ.).

No cometió, pues, el Tribunal error de hecho en la apreciación del pagaré número 384; y como de los términos del mismo aparece que el capital y los intereses debían satisfacerse en nueve cuotas semestrales de a $ 2.800.00 las ocho primeras y de $ 2.600.00 la última, debiendo pagarse la primera el 18 de marzo de 1955, la segunda el 18 de septiembre del mismo año y así sucesivamente una cada seis meses, pudo el sentenciador estimar que, cuando Londoño pagó a la Caja el saldo de la deuda, el 2 de octubre de 1958, "los compradores estaban en mora de abonar", es decir, en mora de hacer los correspondientes abonos periódicos, desde el 18 de marzo de 1957, apreciación ésta del juzgador que no ha sido desvirtuada en el recurso.

Y no lo ha sido, porque el recurrente no demuestra que del 21 de septiembre de 1956 en que se efectuó un abono de $ 2.800.00 por un consignante incógnito, al 2 de octubre de 1958 en que Carlos Londoño pagó el saldo de la deuda, se hubiera hecho por los demandados abono alguno a la misma, cuya quinta cuota había vencido, con arreglo a los términos del pagaré, el 18 de marzo de 1957, fecha desde la cual dijo el Tribunal estaban los compradores "en mora de abonar".

Ni se diga que el estado de quiebra de Londoño impedía a los demandados hacer los respectivos abonos a la deuda del quebrado para con la Caja, porque, como se vio en el despacho del cargo anterior, el hecho de que el vendedor Londoño hubiera sido constituído en estado de quiebra, en manera alguna suspendía el cumplimiento de las obligaciones que para con él habían contraído los compradores, quienes, en el supuesto de no haber podido servir directamente a la Caja las cuotas de la obligación del quebrado, debieron hacer su pago a través de la masa de la quiebra, representada por el síndico.

De lo expuesto, resulta: que el servicio de las cuotas del pagaré número 384 estaba en mora desde el día 18 de marzo de 1957; que, por ese mismo hecho, desde entonces quedó vencido su plazo "de pleno derecho", conclusión con que coincide el dato consignado en la diligencia de inspección ocular de 3 de agosto de 1960, verificada en los libros y archivos de la Caja de Crédito Agrario en Ibagué, en donde al referirse al abono final hecho por Londoño, se dice: "Para cancelar obligación Nº 384 con vencimiento el 18 de marzo de 1957" (C. 6 Fl. 15); que cuando Carlos Londoño —cuya liberación por subrogación de los compradores no aparece otorgada por la Caja, según se verá en el estudio de cargo siguiente—, pagó a dicha entidad el saldo del pagaré, el día 2 de octubre de 1959, solucionó una deuda personal suya, que los demandados se habían comprometido, en el contrato de compraventa, a servir oportunamente, pero que, por no haberlo hecho así, dejaron poner en mora, colocando a Londoño, deudor directo de la obligación, en la necesidad de servirla, tal como lo hizo en el dicho día 2 de octubre de 1958, mediante un préstamo que por mayor valor ($ 50.000.00) le otorgó la Caja, "con garantía del Estado" (Inspección ocular cit., c. 6 f. 15).

Y es más: la legitimación de Londoño para hacer ese pago, se fundaba, no sólo en la necesidad de liberar su responsabilidad personal ante la Caja, lo que desde luego sería medio para la obtención de un nuevo crédito que le permitiera rescatarse de la quiebra que lo afectaba, sino en la necesidad de redimir su finca de "Arratia", de la hipoteca que, en conjunción con las de "Portugal y San Javier", objeto de este pleito, le había sido impuesta por la misma escritura número 325 de 17 de marzo de 1954.

Ni es aceptable la afirmación del recurrente, de que, puesto que la Caja no había ejercitado acción alguna para el cobro de la totalidad de la deuda, el plazo del pagaré tenía que considerarse pendiente. Porque, fuera de que el argumento peca contra el principio "dies interpellat pro homine" (1608 Ord. 1º C. Civ.), para que haya cobro no se requiere que éste sea judicial. La exigencia de la solución puede ser privada y aun tácita, como sucede cuando el acreedor recibe del deudor el pago de la deuda vencida.

No procede, pues, la censura de que se trata.

Cargo quinto

Se hace consistir en la violación, en forma indirecta, por indebida aplicación, de los artículos 1930, 1932, 1546, 1613 y 1614 del Código Civil, en cuanto la sentencia declaró resuelto el contrato e impuso a los demandados la obligación de restituir el inmueble y de pagar frutos y perjuicios, sin que ello fuera pertinente. Como causa de tal quebranto, aléganse errores manifiestos de hecho que, se pretende, fueron cometidos por el juzgador en la apreciación, así de las cláusulas 3ª y 4ª y parte final de la escritura de compraventa, como de la prueba del incumplimiento del pago del precio.

En lo tocante con la interpretación de los referidos pasajes del contrato de compraventa que el acusador transcribe y, según los cuales, los compradores se hicieron cargo de pagar a la Caja de Crédito Agrario la deuda que con garantía hipotecaria de tal finca había sido contraída por el vendedor, alega el impugnante que el Tribunal erró al considerar que por tales estipulaciones se estableció una especie de mandato conferido por el vendedor a los compradores, para que éstos pagasen tal deuda, porque "el negocio consistió en que de los $ 80.000 en que se estimó la finca, $ 50.000 se deducían por quedar a cargo de los compradores la hipoteca y el resto se canceló en dinero y en la misma fecha. En tales condiciones, sólo quedó una obligación de los compradores a favor de la Caja, pero no parte insoluta del precio de la compraventa. Cuando el vendedor acepta como parte del precio que los compradores cancelen una deuda que pesa sobre el inmueble, el verdadero precio es la diferencia que queda y se paga al contado. Exactamente como sucede cuando se estima el capital líquido de una persona o entidad: al activo se le deduce el pasivo. Quien compra una empresa, paga como precio el valor del activo, con deducción del pasivo que queda a cargo del comprador. Lo mismo ocurre con esa clase de compraventas de inmuebles".

Si por vía de discusión pudiera aceptarse que "exista un incumplimiento del contrato de compraventa", cuando, por no haberse hecho la subrogación, el acreedor hipotecario persigue al vendedor y éste es obligado a pagar, habiendo denunciado el pleito o dado al menos aviso a los compradores, sin embargo, si el vendedor paga voluntariamente al acreedor, como ocurrió aquí, no puede decirse que los compradores hayan incumplido el contrato de compraventa, sino, en el peor de los casos, que no estaban cumpliendo su obligación para con el acreedor.

Y en lo relativo a la alegación del error de hecho en la prueba del incumplimiento del pago del precio, el recurrente sostiene: que el Tribunal interpretó contra la evidencia la escritura del contrato; que creyó que existía la prueba del no pago de parte del precio, cuando en parte alguna del expediente existe; que confundió el hacerse cargo de la hipoteca, con una obligación de pagar esa suma al vendedor o el no haberse pagado a éste parte del precio; y que desconoció la realidad del negocio.

Se considera

En los contratos bilaterales de naturaleza conmutativa, de que es prototipo el de compraventa, las recíprocas prestaciones obran en función de equivalencia, cuyo cálculo está confiado al criterio de los contratantes, sin perjuico del castigo que importe la lesión en los determinados casos en que la ley la sanciona.

Tocante a la compraventa, el equivalente de la cosa vendida es su precio, que en todo evento requiere objetivación en dinero como medida universal de los valores; y el hecho de que sobre la cosa vendida pesen gravámenes, no le quita a ésta el valor comercial que tenga en sí misma considerada.

Si, pues, en la compraventa de un inmueble hipotecado, los contratantes, luego de determinar su precio, estipulan que el comprador pagará una parte del mismo directamente al vendedor y que el resto, de cuantía igual a la del gravamen hipotecario, lo cubrirá en manos del acreedor para satisfacerle la obligación del segundo, muéstrase con evidencia que el precio real de la compraventa es el señalado por las partes como valor de la cosa objeto del contrato, sin perjuicio de su descomposición en cuanto a la forma del pago.

Pero, en manera alguna puede sostenerse, como lo hace la censura, que, en tal hipótesis, "el verdadero precio es la diferencia que queda y se paga al contado", porque también el crédito que ha de satisfacerse al tercero es expresión de un guarismo en moneda, que, al no ser tomado en cuenta como elemento integrante del precio, según lo entendieron las partes, haría que la asunción de su pago por el comprador quedase desprovista de causa, por fuera de las equivalencias del contrato, con flagrante quebranto de su carácter conmutativo. Resultado abiertamente contrario a la realidad del negocio en todos sus aspectos: el aritmético, el económico, el práctico y el jurídico.

Ahora bien: las estipulaciones de la escritura de compraventa, que se señalan como erróneamente interpretadas por el juzgador, rezan: Que sobre el inmueble "pesa un gravamen hipotecario a favor de la Caja de Crédito Agrario de Ibagué, por la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) moneda corriente, el cual gravamen queda a cargo de los compradores para pagar dicha suma, de acuerdo con las especificaciones que constan en la escritura de hipoteca constituída por el compareciente vendedor" (cláusula 3ª)"; que "el precio de esta venta es la suma de ochenta mil pesos ($ 80.000.00) moneda corriente, de los cuales el vendedor declara tener recibidos a su entera satisfacción de manos de los compradores y por iguales partes, la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00) moneda corriente, y los otros cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) para cubrir la obligación hipotecaria constituída a favor de la Caja Agraria de Ibagué, deuda que queda subrogada a cargo de los compradores" (cláusula 4ª); y finalmente que los compradores "aceptan esta escritura y la venta que por medio de ella se les hace, y el gravamen hipotecario constituído sobre la finca alinderada en favor de la Caja Agraria de Ibagué, y que se comprometen a pagar la deuda en las condiciones estipuladas en la escritura de hipoteca" (se subraya).

Dada la diafanidad de este clausulado y atento lo discurrido atrás, es incuestionable que no erró el Tribunal en la contemplación de tales estipulaciones, cuando estimó que por ellas, "para el pago del saldo del precio, como está advertido, los compradores se obligaron a cubrir los cincuenta mil pesos anunciados en la escritura de compraventa, en las condiciones estipuladas en la hipoteca".

Por lo cual, y puesto que no aparece que, ni en la escritura de la compraventa, ni en acto alguno posterior, la Caja acreedora hubiera admitido a los compradores como deudores en lugar del vendedor, exonerando a éste de la susodicha obligación, lo que habría conformado una típica subrogación de deudor, que el Tribunal echa de menos, sin que su juicio al respecto aparezca desvirtuado, queda fuera de órbita la censura articulada en este capítulo del recurso, contra el concepto del juzgador, de que las estipulaciones en estudio y cuya sustancia es una misma, implicaron una especie de mandato del vendedor a los compradores, para que, como parte del precio estipulado, cumplieran "rigurosamente con el deber de cancelar tales cuotas en el lugar y tiempo convenidos en esos pagarés, vinculados a la garantía hipotecaria".

Ciertamente, como lo enseña el artículo 1694 del C. Civ., cuando el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor, "se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, segun parezca deducirse del tenor o espíritu del acto". En la especie, el Tribunal entendió lo primero, cuando habló de mandato, es decir diputación a los compradores para que pagasen la deuda del vendedor. O sea un caso de delegación imperfecta. Y como su pensamiento se ajusta a los términos del negocio, el ataque en el punto carece de razón.

Finalmente, vaga por fuera de la técnica del recurso la censura por "error manifiesto de hecho en la prueba del incumplimiento del pago del precio de la compraventa", porque el impugnante se limita a ensayar al respecto afirmaciones de carácter general, omitiendo las precisiones que un cargo de esta naturaleza reclama. Alega, así, —y como cuestión fundamental— que el sentenciador creyó que existía esa prueba, "cuando en parte alguna del expediente existe". Pero, es lo cierto que obra un concurso de medios probatorios, de que el fallador no pudo menos de deducir el incumplimiento de los compradores, a saber: la escritura de la compraventa, en donde éstos, con imputación a parte del precio, se hicieron cargo de pagar la obligación hipotecaria; la escritura de la hipoteca abierta constituída por el vendedor para seguridad de "préstamos, pagarés, deudas y obligaciones" a su cargo y a favor de la Caja; los pagarés números 133 y 384 que expresan las modalidades de su pago en cuotas y las respectivas fechas de vencimiento de las mismas, —pagarés cuyas copias en poder de la Caja firmadas por el actor y cuya identidad con los ejemplares que forman los folios 17 y 18 del Cuad. Nº 1º, se acreditaron en la diligencia de inspección ocular visible en el cuaderno de pruebas del demandante (Fl. 14 v.)—; y las documentaciones y certificados procedentes de la Caja de Crédito Agrario, relativos al movimiento de cuentas de los dichos pagarés y de que dan fe las diligencias de inspección ocular verificadas en la primera instancia. Con todo lo cual concurren las contestaciones dadas al libelo inicial del juicio por los demandados, de que no hizo argumento especial el sentenciador y de las cuales en la de Tulio Mejía, con relación al hecho 5º, se admite que se pagaron a la Caja $ 36.200 y que "la parte insoluta, por la cual estaba respondiendo la finca, eran $ 13.800.00; y en la de Adelaida Giraldo de Piedrahita se aceptó ser cierto que los demandados no cumplieron con la obligación de pagar a la Caja de Crédito Agrario, el alcance de lo cual se estudia en el Capítulo IV. Resulta así que la apreciación que el sentenciador hiciera de los medios en cuya virtud tuvo por acreditado el incumplimiento de los compradores, permanece incólume frente a la nuda afirmación de que no existen pruebas de ese incumplimiento.

En conclusión: no habiendo demostrado el recurrente que el Tribunal hubiera incurrido en los errores que le imputa en este

capítulo de la censura, se desecha ésta por improcedente.

Cargo sexto

Propuesto por quebranto directo de los artículos 1930 y 1932 del Código Civil, a causa de errónea interpretación y aplicación indebida de los mismos, trata el impugnante de fundarlo en consideraciones cuya sustancia es la siguiente:

Que tales textos no establecen la acción resolutoria, para cuando el comprador que se hace cargo de cancelar una hipoteca que grava el inmueble, no verifica ese pago al acreedor; que, entonces, el Tribunal interpretó erróneamente esas normas, "al considerar que existía en virtud de ellas la acción resolutoria, no obstante que nada tenían que pagarle los compradores al vendedor"; y que este error lo condujo a aplicarlas indebidamente al caso del pleito, en cuanto decretó la resolución impetrada.

E insiste de nuevo en la afirmación de que, si el vendedor paga voluntariamente al acreedor hipotecario, antes de vencerse el plazo estipulado con éste, no puede existir incumplimiento del comprador, porque la mora no llega a estructurarse, atendida la extinción anticipada de la obligación en virtud de aquel pago.

Se considera

Los asertos en que busca apoyarse la acusación, desvirtuados quedaron en el estudio de los cargos cuarto y quinto precedentes. Así que las consideraciones allí hechas por la Corte, han de tenerse por reproducidas ahora.

Por sabido se tiene que, en los contratos bilaterales, las contrapuestas obligaciones se sirven recíprocamente de causa, hasta el punto del poder afirmarse que la causa de la obligación de una de las partes se polariza en el cumplimiento de la obligación de la otra. Y este cumplimiento ha de ser integral, para que la causa de la obligación de la primera no desaparezca o se desquicie, pues, ciertamente, si en la intención de cada contratante está el que la prestación a su favor sea completa, mal puede corresponder a ese pensamiento, ni ofrecerse como causa de su obligación, una prestación mútila o parcial, que no fue la acordada. De aquí que la ación resolutoria acogida por la ley, como sanción del incumplimiento de una de las partes, en favor de la que satisfizo lo pactado o se allanó a cumplirlo en la forma y tiempo debidos (Arts. 1546 y 1609 C. Civ.), tenga cabida, no sólo en el caso de falta absoluta de cumplimiento del contrante infiel, sino también en el de su incumplimiento parcial, que rompe el plano de equilibrio de las partes en el negocio.

Aplicación especial de este sistema hace el artículo 1930 del Código Civil para el supuesto de que el comprador estuviere constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos, hipótesis en la cual, "el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios", y a que se cumplan los demás efectos a que por virtud del artículo 1932 haya lugar.

Si, pues, en la especie del pleito, los compradores Mejía y Giraldo de Piedrahita no cumplieron con satisfacer la totalidad del precio de la compraventa, en cuanto, desconociendo lo convenido por ellos con Londoño, dejaron de pagar a la Caja de Crédito Agrario, dentro de los plazos respectivos y en la forma en que legalmente pudieren hacerlo, aquellas cuotas de la obligación del vendedor, que éste hubo de cubrir luego personalmente, ante la mora de los primeros, —mora que había dado lugar a que esa obligación quedase vencida de pleno derecho, sin que el vendedor hubiese sido liberado de su responsabilidad por la entidad acreedora—, es evidente que semejante incumplimiento de los compradores, que afectaba parte no despreciable de la cuantía adeudada, legitimó al vendedor para optar por la acción resolutoria que consagra especialmente el artículo 1930 del C. Civ., con las consecuencias previstas en el mismo texto y en el 1932 ibídem.

Y como fue esto lo que decidió el Tribunal, su pronunciamiento no infringe tales preceptos.

Cargo séptimo

Se hace consistir en la violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos del Código Civil citados al final, a causa de los errores de derecho que se le atribuyen

al fallador en la estimación de las pruebas a que luego se hace referencia. El planteamiento de los reparos es como sigue:

Que el Tribunal consideró probada la existencia de las dos obligaciones a cargo del vendedor y a favor de la Caja, de $ 25.000.00 cada una, mediante los pagarés que obran a los folios 17 y 18 y el certificado visible al folio 32;

Que el pagaré del folio 17 no lleva firma alguna; que el certificado del folio 32 no fue ratificado en el juicio por quien lo firma, siendo así que sólo los certificados de funcionarios públicos tienen valor; y los recibos de pago que corren a los folios 19 a 28 tampoco fueron reconocidos, y carecen de toda autenticidad. Ninguno de esos documentos presta mérito contra los demandados, ni llevan la firma de éstos, para que se haya surtido su reconocimiento tácito;

Que, en relación con los medios, el sentenciador infringió los artículos 637, 645 y 647 del Código Judicial, en cuanto les dio valor de documento privado al dicho pagaré sin firma alguna, y de documentos auténticos a esos recibos; y los artículos 636 ibídem. 1758 y 1759 del Código Civil, en cuanto los aplicó indebidamente, al reconocerle valor de documento público al referido certificado, carente de ratificación en juicio; y

Que, como resultado de estos yerros de valoración, violó los artículos del Código Civil 1930, 1932, 1546, 1613 y 1514, "en cuanto declaró la resolución del contrato y condenó a los demandados al pago de frutos y perjuicios, sin existir fundamento para ello".

Se considera

Fuera de que el incumplimiento de los compradores en que la sentencia se basa, es el que se produjo en relación con el servicio del pagaré número 384, y que este instrumento suscrito por su otorgante, Carlos Londoño Mejía, obra de modo auténtico en el proceso, formando el folio 18 del Cuad. 1º; fuera de que, en la diligencia de inspección ocular verificada en la primera instancia, se estableció la identidad de este documento y la del ejemplar sin firma del pagaré número 133 que forma el folio 17 (C. id.), con las respectivas copias de los mismos pagarés, existentes en el archivo de la Caja, "firmadas por Carlos Londoño Mejía" (C. 6, Fl. 14 v.); y de que el mandatario del demandado Tulio Mejía, en su alegato de conclusión de la segunda instancia, se apoyó en los referidos pagarés y en el certificado de la Caja visible al folio 32 del mismo cuaderno, teniéndolos como tales, con el intento de sacar de su texto, argumentos en pro de su parte (C. 1º, Fls. 110 y 111) y, luego, ante la Corte, ha pretendido fundarse sobre el pagaré número 384 para hacer un cargo en casación, que le ha resultado frustráneo, todo lo cual sería suficiente para desechar este último capítulo de la censura, resulta que si así no fuese, se impondría, como se impone, el imperativo de técnica legal que repudia el medio nuevo y en cuya virtud no es dable atacar por vez primera ante la Corte los elementos probatorios que como tales no tuvieron tacha alguna en los trámites de instancia. Las razones de esta regla expuestas están, entre otras sentencias de casación. en la de fecha 22 de junio de 1956 (LXXXIII, 2169, Pág. 76).

Quiere, pues, decir que, como el impugnante, viene ahora a atacar en el recurso extraordinario, la estimación que el Tribunal hiciera de las pruebas de que se trata, por motivos de forma que no alegó en momento alguno del juicio, su acusación es improcedente.

No prospera, pues, el recurso del demandado Mejía.

IV

El recurso de casación del demandante Londoño

La impugnación está dirigida, principalmente en la órbita de la causal primera del artículo 520 del C. J., a atacar la sentencia en punto de apreciación de los indicios en cuya virtud estimó el Tribunal que determinados abonos a los pagarés suscritos por el actor en favor de la Caja habían sido hechos por los demandados, lo que motivó que el actor hubiera sido condenado, en el numeral 8º de la parte resolutiva del fallo, a restituir a los demandados, por igual, los valores de los referidos abonos. De donde, para el recurrente, resultan violados los artículos 1546 y 1932 del C. Civ., según los cuales, en el evento de resolución del con-

trato de compraventa, el vendedor sólo puede estar obligado a restituir al comprador la parte que éste haya pagado del precio, parte que, en el caso del pleito, fueron únicamente los $ 30.000.00 que los demandados pagaron al contado, en el momento de la celebración del contrato.

El impugnante comienza por considerar que los indicios en que el sentenciador entendió fundarse para sostener que esos abonos fueron hechos por los compradores, son los siguientes: a) el silencio de Carlos Londoño sobre su negocio con los demandados Mejía y Giraldo de Piedrahita, en la relación con que el primero provocó su quiebra, silencio demostrativo de su despreocupación por tal negocio, en razón de haber echado sobre los compradores la carga de la deuda hipotecaria; b) el ser Bernardino Piedrahita administrador de las fincas de los demandados en Roncesvalles y marido de la condueña de tales inmuebles, señora Adelaida Giraldo de Piedrahita; c) el no aparecer, ante la Caja acreedora, Bernardino Piedrahita autorizado por Carlos Londoño para hacer abonos, lo cual, agregado a la consideración del punto anterior, indica que los abonos a la deuda no fueron hechos con dineros de Londoño, sino de los compradores: d) el estado de falencia de Carlos Londoño, que no permite decir que los respectivos abonos que a la deuda hicieron Ernesto León Díaz y un incógnito fueran por cuenta del quebrado, sino de los compradores. En razón de todo lo cual le resulta al juzgador que lo cubierto por el mismo Carlos Londoño no fue sino la suma de $ 19.137.39, en relación con el pagaré número 384.

Contra la apreciación que el Tribunal hiciera de tales indicios, alega el acusador lo siguiente: como premisas generales, que los indicios deben ser graves, precisos y conexos entre sí; que han de fundarse en hechos establecidos plenamente y no en otros indicios; y que si un indicio de los que forman la convicción del sentenciador está contradicho por otras pruebas, no sirve para fundar fallo de instancia.

Y luego, concretándose al examen de los indicios en referencia, discurre así:

En orden al indicio a), sostiene que está fundado "en forma contraria a la evidencia", ya que los abonos que —el Tribunal dice— hizo Londoño en monto de $ 19.137.39 al pagaré número 384, no demuestran indiferencia sino interés: "el vivo interés que él tenía en deshipotecar su finca Arratia, así como por la tendencia de toda persona honrada de cumplir sus compromisos y de mantener abiertas las puertas de las instituciones de crédito para el desarrollo de sus negocios o empresas"; y agrega, después, que discurrir, como lo hizo el sentenciador, admitiendo que Londoño se alzó en hombros ante la Caja, por no importarle su deuda, y al mismo tiempo que sí le importaba, porque pagó cerca de $ 20.000.00, es modo que "no cae bajo la censura de error manifiesto de hecho, porque tal concepto supone que el sentenciador se fundó en prueba que no existe en autos o en prueba que existe y no fue vista por él", por lo cual, la acusación al respecto "es mucho más grave, o sea que la conjetura del Tribunal es absurda y en esa parte del fallo no es acto humano".

En lo tocante con el indicio b), el recurso hace las siguientes afirmaciones: que los testigos que muestran el hecho de la administración por parte de Piedrahita, dicen que éste usufructuaba las fincas de que se trata y que presumen que con sus productos él pagaba el crédito hipotecario, si bien los mismos testigos afirman que tenía compañía de ganadería con el actor, y por otra parte la señora contradice a los testigos; y si era verdad lo de la compañía, los abonos resultarían hechos por una sociedad ajena a la deuda. Los mismos testigos no saben, pues, ni podían saberlo, si Piedrahita era mandatario o socio. Y que, "El dicho indicio b) equivale a tomar el hecho de ser Piedrahita el administrador de las fincas compradas, como prueba de ser también mandatario para pagar, a pesar de ignorarse si administraba como socio de Mejía en los negocios de ganadería o como mandatario de Tulio para negociar en limpieza de tales fincas, pago de jornales, de impuestos, incorporación de mejoras, arrendamientos. En esta equívoca situación, optó el Tribunal por presumir una de las varias interpretaciones del hecho: conjeturó que era socio en negocios de ganadería y además administrador de los condueños y sobre esta pre-

sunción, presumió que también estaba autorizado para pagar la deuda hipotecaria, y presumiendo esto último conjeturó que estaba expensado por Tulio su presunto mandante para llevar a la Caja de Crédito los dineros del crédito hipotecario; finalmente presumió que los pagos eran hechos a nombre de Tulio sin pensar un solo momento en que podían ser hechos a nombre personal de Bernardino o del deudor Londoño". Ante lo cual, comenta que se trata de una "cascada de conjeturas y presunciones", contraria a lo que disponen los artículos del Código Judicial relativos a la prueba indiciaria que se citan luego.

Por lo que respecta al indicio c), arguye que si fuera preciso que en los archivos de la Caja acreedora obrase la autorización de Carlos Londoño para que pagase Piedrahita, "es claro que no puede presumirse que el pago lo hizo este señor por don Tulio, porque en los archivos tampoco se encontró autorización de tal deudor (Tulio Mejía) para que por él pagara Bernardino Piedrahita".

Y en lo atinente al indicio d), relativo al estado de quiebra de Londoño y a la inferencia de que los abonos hechos a la deuda del quebrado no podían presumirse como verificados por éste sino por terceros, alega que ello va también contra la evidencia, puesto que los mismos demandados y el Tribunal han aceptado que Londoño hizo abonos por $ 15.817.48, en pleno estado de quiebra, la que comenzó el 11 de enero de 1957 y terminó el 23 de enero de 1959.

Al lado de todas estas imputaciones, el recurrente le atribuye al fallador el error manifiesto de no haber tenido presente la aceptación dada por la demandada Adelaida Giraldo de Piedrahita al hecho e) de la demanda, hecho consistente, según el libelo incoativo del juicio, en que "los demandados nunca cumplieron con la obligación de pagar a la Caja Agraria", por lo cual el actor "se vio obligado a pagar directamente y por conducto de comisionados o mandaderos suyos, la citada suma de cincuenta mil pesos".

Sostiene, pues, el acusador que los errores anotados entrañan "la violación directa de los artículos 661, 665 y 666 del Código Judicial, pues no sólo carecen los hechos indiciarios de las cualidades de ser graves, precisos y conexos, sino que a su vez se fundan en indicios y presunciones"; y que ello motivó el quebranto de los artículos 1546 y 1932 del C. Civ., que consagran el derecho invocado por el actor en el pleito.

Como remate, propone este recurrente uno a manera de cargo subsidiario, por si la Corte acogiere la idea de que "no habiendo pedido el demandante sino que se condenara a los demandados a pagarle los frutos correspondientes a la parte de precio no pagado, el juez no está forzado a estudiar cuál fue la parte de precio no pagada, hasta el punto de que si acomete la tarea falla ultra petita, porque no hay demanda de reconvención para que se declare que el actor, al prosperar la acción resolutoria, deba hacer determinados reembolsos". Y sobre el supuesto de que este pensamiento le parezca razonable a la Corte, dice que se tenga "por formulado un nuevo cargo a la sentencia, o sea el consistente en que debe casarse el fallo en cuanto precisa las sumas que entendió el sentenciador como pagadas por los demandados, porque en ese particular la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Se considera

Cuando el Tribunal de segunda instancia forma su convicción a virtud de indicios, en materia susceptible de esta especie de prueba, su concepto sobre la certeza de los hechos presumidos es intocable en casación, salvo el caso de contraevidencia, de que podrían enunciarse las siguientes hipótesis: que el sentenciador tenga por probados hechos básicos, sin estarlo, es decir que haya sacado deducciones de hechos que no están acreditados en el proceso; o que haya ignorado hechos debidamente comprobados, suficientes por sí mismos para imponer una consecuencia contraria a la del fallo; o que haya dejado de relacionar los varios indicios entre sí, cuando de esta labor habría necesariamente de deducirse una conclusión opuesta a la abrazada por él; o en fin, cuando en la interpretación de los indicios o en la operación de conectar unos con otros, haya establecido una relación que repugna la lógica en la vinculación de causa a efecto (Cas. 17 mayo 1946. LX, 2032/33, Pág. 464).

Por lo tanto, si en el proceso mental realizado por el juzgador, éste no resulta convicto de contraevidencia, ni en la contemplación de los hechos constitutivos de los indicios, ni en la tarea dialética de discriminar, sopesar y relacionar éstos, en razón de lo cual llegó a las conclusiones de hecho en que cristaliza la prueba, entonces, aunque sobre el elenco indiciario se pueda ensayar por el crítico interesado un análisis diverso al verificado por el sentenciador, para sacar consecuencias contrarias a las obtenidas por éste, tiénese que en esa contraposición de razonamientos forzosamente ha de prevalecer el del Tribunal, cuyas decisiones, como emanadas de quien es el agente de la justicia, revestidas están de la presunción de acierto.

Claro es que la valoración de la prueba indiciaria, sujeta está a las normas que se contienen en los artículos 662 a 667 del Código Judicial, a cuyo abrigo se afianzan los postulados sobredichos. Por eso, no podría tener eficacia de plena prueba la presunción de hombre que consistiera en un indicio único no necesario (663), o no suficientemente grave y preciso para poder ser único (664), o que se extrajese de una coincidencia de indicios no graves, ni precisos, ni conexos entre sí (665), o de hechos que no están plenamente probados (666), o de un concurso de indicios que se refieren a uno solo o en que los argumentos sobre un hecho dependen todos de un solo argumento (667).

Pero, siendo las calidades de necesidad, unicidad, pluralidad, gravedad, precisión y conexidad de los indicios, cuestiones de hecho cuya apreciación está confiada al juzgador de instancia, es perfectamente claro que la noción que éste se haya formado de tales calidades no puede ser desconocida en el recurso extraordinario, sino por razón de incidencia, demostrada, en error de hecho evidente.

En el caso del pleito, el Tribunal, ante los abonos que en la Caja de Crédito Agrario se hicieron a los pagarés números 133 y 384, por Bernardino Piedrahita, Ernesto León Díaz y un consignante incógnito, estimó que tales abonos habían sido hechos del lado de los demandados Tulio Mejía y Adelaida Giraldo de Piedrahita o por su cuenta, en razón de los siguientes indicios: a) el hecho de haberse obligado los compradores del predio para con su vendedor, Carlos Londoño, a pagar a la Caja los $ 50.000.00 a ella debidos por éste; b) el que Londoño no hubiera incluído a la Caja, en la relación de sus acreedores en el juicio de quiebra, lo que el Tribunal se explica entendiendo que "Carlos Londoño se había despreocupado de esas obligaciones de cuotas periódicas a cargo de sus aludidos compradores"; c) el ser Bernardino Piedrahita administrador del predio de "Portugal" y de los intereses de los compradores en Roncesvalles; d) ser el mismo Piedrahita el marido de la interesada Adelaida Giraldo, con quien contrajo matrimonio el 8 de agosto de 1928; e) no aparecer prueba alguna de que las consignaciones que hizo Bernardino Piedrahita en la Caja, hubieran sido efectuadas por cuenta de Londoño, ni autorización alguna de éste al respecto; f) la situación de quiebra de Londoño y su silencio en ésta sobre el negocio con la Caja, lo cual no permitiría decir que los abonos hechos por Ernesto León Díaz y el consignante anónimo, lo hubieran sido por Londoño, sino por cuenta de quienes en el contrato de compraventa de la finca adquirieron para con su vendedor la obligación de realizar esos pagos.

No se contradice el juzgador, al afirmar que "Londoño se había despreocupado de esas obligaciones de cuotas periódicas" y admitir sin embargo que éste hizo unos abonos a la misma. Porque bien pudo el vendedor despreocuparse, en cuanto confió en el cumplimiento de los compradores; pero, luego ante la mora de éstos, hacer el abono de 7 de junio de 1955 y el final.

Tampoco yerra, al tener, como argumento de que Piedrahita pagó por los compradores, el doble motivo de que él fuese administrador de la finca de los mismos o de sus intereses en Roncesvalles y además partícipe en un negocio de ganadería con Mejía, porque estos motivos, aunados al muy diciente de ser Piedrahita el marido de la cocompradora Adelaida Giraldo, muy lejos da repudiar, hacen obvia la deducción de que los pagos hechos por él a la Caja lo fueron por cuenta de sus administradores, socio y cónyuge, respectivamente.

Ni cae en el absurdo, al considerar que no existiendo prueba alguna de autorización de Londoño a Piedrahita para pagar a la Caja, podía presumirse que tales pagos fueron hechos por cuenta de los compradores, no obstante que tampoco se demostró haber autorización alguna de éstos a Piedrahita, porque lógicamente la falta de la primera, puesta en relación con los demás indicios de que se valió el Tribunal, venía a corroborar la fuerza de persuasión de éstos.

Ni peca contra la lógica, la inferencia de que los abonos efectuados por Ernesto León Díaz y el consignante anónimo lo fueron de parte de los demandados, porque, si bien uno de los extremos en que el fallador la apoyó, o sea el haber acaecido esos pagos durante la situación de falencia del actor, no resulta exacto, por cuanto ambas consignaciones fueron hechas antes del estado de quiebra de Londoño, con todo la conjetura se sostiene en pie sobre su otro extremo, cual es el fundamental de haberse obligado los compradores Mejía y Giraldo de Piedrahita en favor del vendedor Londoño a pagar a la Caja la deuda de éste. Así que, en la relación entre vendedor-acreedor y compradores-deudores, que es la debatida en la litis, la presunción se pone del lado de éstos, a quienes favorece el principio: in dubio pro reo.

Bien se advierte que los hechos constitutivos de los relacionados indicios son distintos entre sí, sin que éstos se encuentren en línea de sucesión de unos a otros, es decir sin que se trate de indicios sacados de indicios, que sería en lo que consistiría la cascada de conjeturas a que alude el recurrente. Aquí, cada hecho indiciario ofrece su propio argumento, y cada uno de éstos y todos juntos, relacionados entre sí, concurren a dar crédito a la conclusión a que llegó el Tribunal, de que los abonos hechos a la deuda del vendedor, por personas distintas de éste, fueron efectuados por cuenta de los compradores.

Especial énfasis pone el acusador en la confesión que encuentra en la contestación dada mediante apoderado por la señora de Piedrahita al hecho e) de la demanda, que, —según el acusador— no fue considerada por el Tribunal. Pero, esa respuesta, posterior a la simple afirmación que el mandatario hizo de que su poderdante "no pudo cumplir con los pagos a que estaba obligada", flota en la ambigüedad que irradia del pasaje de la contestación que dice: "Ni me opongo ni acepto la prosperidad de las peticiones de la demanda. Me atengo a lo que resulte probado en los autos". La no aceptación de las peticiones, sin motivación específica al respecto —pues la que dio: de que no fuera a ser condenada en costas, es improcedente— y el atenerse a lo que resulte probado, comportan ciertamente una posición de inconformidad con el motivo determinante de las pretensiones del actor: el incumplimiento de los compradores; y entonces, esa confesión en que la censura hace hincapié, que se debilita en la impropiedad de la contestación y que por otra parte no podría perjudicar al litisconsorte Mejía, quedó en condiciones de poder ser desvirtuada por otros medios, como lo obró el haz indiciario acogido por el sentenciador.

Con lo que concurre la consideración de que para que la confesión sea eficaz debe versar sobre hechos de que el confesante tenga conciencia, es decir, sobre hechos de su conocimiento; y aquí, en la formulación del hecho e) del libelo, admitido a destajo por el mandatario de la señora Giraldo de Piedrahita, se refiere; primero que "los demandados nunca cumplieron con la obligación de pagar a la Caja Agraria" y, luego, que por tal causa el actor "se vio obligado a pagar directamente y por conducto de comisionados o mandaderos suyos la citada suma de cincuenta mil pesos". Pero, tocante a lo primero, que envuelve una simple negación, y dada la fuerza demostrativa del haz indiciario que inclinó el criterio del sentenciador a la solución por él acogida, pudo éste, sin faltar a la lógica, atribuir lo absoluto de la respuesta a ignorancia o error de la señora de Piedrahita acerca de los abonos hechos, no personalmente por ella, aunque a su favor, por su marido y administrador de sus bienes en Roncesvalles, Bernardino Piedrahita, o por encargados del mismo; y lo segundo, relativo a que el actor pagó por sí y por sus comisionados, que es una proposición de éste, implica un hecho no personal de la demandada, señora

de Piedrahita, que élla no explica cómo supo y cuyo conocimiento por parte de la misma no aparece acreditado por otros medios.

En conclusión: no demuestra el recurrente, bajo ninguno de sus aspectos, la acusación por él deducida de modo principal.

Por lo que hace al cargo planteado en forma subsidiaria, incompatible con la rigurosidad del recurso y en que se tacha la sentencia como incongruente, en cuanto condena al demandante, victorioso en la acción de resolución de la compraventa, a restituir a los demandados las sumas que el juzgador encontró pagadas por éstos, sin que de su parte se hubiera interpuesto demanda de reconvención para el reembolso de tales cantidades, la censura resulta infundada. Porque, **si la resolución de un contrato, por imperativo jurídico, implica la restitución de las partes al estado anterior a la celebración del mismo, principio especialmente articulado para la resolución de la venta en el texto 1932 del C. Civ., en donde se dice que "El comprador, a su vez, tendrá derecho para que se le restituya la parte que hubiere pagado del precio", es evidente que este extremo queda, por ministerio de la ley, incluido en la relación jurídico-procesal formada sobre la acción resolutoria ejercida por el vendedor, sin necesidad alguna de contrademanda o petición expresa del comprador demandado; y, por lo tanto, el fallo que, al decretar la resolución, ordena en favor de éste las restituciones del caso, lejos de ser inconsonante es armonioso. La incongruencia estaría en que no se ordenasen tales restituciones.**

No prospera, tampoco, el recurso de casación propuesto por el actor.

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 nueve (9) de marzo de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Sin costas en el recurso.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario

CAUSAL 1ª DE CASACION

En qué consiste. — Violación directa y violación indirecta. — Error de hecho y error de derecho.

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

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

El señor Emiliano Navarrete Cárdenas demandó a Clodomiro Martínez Villarraga ante el Juez Civil del Circuito de Zipaquirá para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarase principalmente que son nulos los contratos de compraventa de unos inmuebles celebrados por el actor y el demandado mediante las escrituras números 930 y 1045, extendidas en la Notaría de la ciudad nombrada, la primera el 10 de octubre y la segunda el 23 de noviembre de 1951. Se solicitó que, como secuela de la nulidad dicha, se condenase al demandado a restituir los bienes respectivos con sus frutos y a pagar las costas del juicio. En forma subsidiaria se pidió también que se decretara la resolución de los mismos contratos o en último lugar su rescisión por lesión enorme.

Los hechos principales de la demanda expresan que por la Escritura Nº 930, otorgada en la Notaría de Zipaquirá el 10 de octubre de 1951, el señor Emiliano Navarrete dijo vender a Clodomiro Martínez un predio de una fanegada de extensión, llamado "La Floresta" y ubicado en jurisdicción del Municipio de Cajicá; que por la Escritura Nº 1045, pasada ante el mismo Notario el 23 de noviembre de 1951, el citado Navarrete dijo vender también a Martínez otro fundo llamado "San Avelino", de dos fanegadas de extensión aproximadamente, situado en el propio Municipio de Cajicá; que el precio de la primera venta fue de $ 5.100.00; que el de la segunda fue de $ 10.000.00, de los cuales pagó el comprador $ 5.000.00 de contado y quedó debiendo el resto con plazo de un año; que Martínez recibió las fincas y se halla en posesión de ellas; que cuando se celebraron aquellos contratos el vendedor Navarrete era absolutamente incapaz por encontrarse en estado de demencia; que el comprador le hizo firmar al vendedor las dos escrituras mencionadas a sabiendas del estado de demencia de éste; que Martínez no ha cubierto la totalidad del precio pactado en esos contratos y que por ello le ha causado perjuicios al vendedor, y que el valor fijado a los predios fue inferior a la mitad del justo precio de los mismos inmuebles al tiempo de ser vendidos.

El demandado contestó el libelo y en su respuesta manifestó que se oponía a las pretensiones del actor, aceptó unos hechos, negó la mayoría de ellos y propuso la excepción de petición antes de tiempo respecto de la acción resolutoria.

El primer grado del negocio concluyó con sentencia en que se denegaron las súplicas de la demanda, se absolvió al demandado, y se condenó en costas al demandante.

La sentencia impugnada

Surtida la segunda instancia por apelación del mismo demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió el fallo de seis de septiembre de 1961, por el cual se confirmó la decisión de primer grado y se condenó también en costas al actor.

Después de hacer la reseña del juicio, la sentencia del Tribunal acomete el examen de la acción de nulidad de los mencio-

nados contratos de compraventa, alegada con fundamento en la demencia del vendedor, y anota que, no apareciendo demostrada esa enajenación mental, tampoco puede prosperar tal acción. Acerca de la acción rescisoria por lesión enorme expresa también el fallo que no se acreditó esta lesión, pues que la prueba pericial allegada al juicio demuestra que el justo precio de los inmuebles al tiempo de su venta era sensiblemente aproximado al valor en que fueron vendidos.

La sentencia analiza con más detenimiento la acción resolutoria que se propuso como primera subsidiaria por ofrecer mayor complejidad y observa ante todo que, según la Escritura Nº 930, de 10 de octubre de 1951, el señor Navarrete vendió a Martínez el fundo de "La Floresta" en $ 5.100.00, precio que se pagó de contado. Como aquel instrumento hace fe entre las partes contratantes y como ninguna prueba se trajo para desvirtuar lo que en él se estipuló, sucede que respecto de tal compraventa no puede prosperar la aludida acción resolutoria por aparecer que el precio fue cubierto.

Haciendo referencia a la compraventa del predio llamado "San Avelino", de dos fanegadas aproximadamente, que se celebró por la Escritura Nº 1045, de 23 de noviembre de 1951, la sentencia transcribe la cláusula segunda de dicha convención, que es de este tenor: "Que el precio de esta venta es por la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.00), moneda corriente, o sea a razón de cinco mil pesos ($ 5.000.00), moneda corriente, cada fanegada, suma ésta que el comprador Martínez Villarraga pagará en la forma siguiente: cinco mil pesos ($ 5.000.00), moneda corriente, que el exponente vendedor Navarrete Cárdenas declara haber recibido de manos del comprador, a su entera satisfacción; y los cinco mil pesos ($ 5.000.00), moneda corriente, restantes, los pagará el comprador Martínez Villarraga dentro del término de un año, contado a partir de la fecha del presente instrumento, y durante este término abonará intereses a la tasa de dos por ciento (2%) mensual, pagaderos por mensualidades vencidas. Los otorgantes, de común acuerdo, convienen en que si al verificar una nueva mensura del lote de terreno materia de la venta, resultare una mayor superficie, el comprador pagará al vendedor la diferencia, teniendo en cuenta el precio de cinco mil pesos ($ 5.000.00), moneda corriente, la fanegada; pero si su extensión fuere menor a las dos (2) fanegadas, el vendedor devolverá al comprador la diferencia, en la misma proporción".

El fallo comenta la estipulación anterior, diciendo que, de acuerdo con sus términos, las partes se sometieron, aunque no de manera absoluta, a la regulación de la venta por cabida que consagra el artículo 1888 del C. Civil, y que de esa cláusula se colige que la mensura del predio podía hacerse dentro del plazo de un año que se fijó para el pago del resto del precio. Examina luego las posiciones absueltas por el actor Navarrete y afirma que, según lo manifestado por éste, uno o dos meses después de celebrada la venta del fundo de "San Avelino", los propios contratantes convinieron en hacer medir por un agrimensor las dos fincas de "La Floresta" y "San Avelino"; que la mensura dio por resultado que estos inmuebles no tenían las tres fanegadas de extensión que expresan las escrituras de venta, sino que faltaba alrededor de un cuarto de fanegada para completar las tres dichas; que el vendedor manifestó al comprador no estar conforme con el resultado de esa mensura, pero que no realizó ninguna otra diligencia; que el mismo día de firmada la escritura de venta de "San Avelino", el comprador Martínez suscribió a favor de Navarrete una letra por valor de $ 4.000.00 como "saldo del precio de venta del referido lote de terreno"; que Navarrete perdió ese instrumento y que el 26 de noviembre de 1951, es decir, tres días después, Martínez aceptó una nueva letra por el mismo valor en beneficio de aquél para reemplazar la perdida; que Martínez cubrió el valor de la letra nueva con sus respectivos intereses y que por ello Navarrete se la entregó cancelada, y que éste reconoció ser auténticos unos comprobantes expedidos por él. Expuestas así las manifestaciones del demandante en sus posiciones, el fallo termina de este modo el estudio de la acción resolutoria:

"Dedúcese de lo anterior que el saldo de $ 5.000.00 a cargo de C. Martínez, según

la Escritura número 1045 antes citada, quedó reducido por voluntad del actor a $ 4.000.00 y fue consignado en la letra de cambio que cancelada presentó el demandado (Fl. 12 del C. Nº 3). Aun cuando Navarrete no explicó en las posiciones la razón de la reducción del saldo del precio debido, es obvio concluir que obedeció a los resultados de la mensura desfavorable al vendedor citado.

"Queda, pues, establecido que Martínez pagó $ 4.000.00 como saldo del precio del predio "San Avelino", en condiciones de resultar sin fundamento alguno la acción resolutoria del demandante".

La Impugnación

La parte actora recurrió en casación y en escrito que no se ciñe a la técnica de este recurso intenta formular contra la sentencia un cargo por la causal primera, como se ve en seguida.

En efecto, el recurso expresa: "Alego contra el fallo recurrido la primera de las causales de casación señaladas en el artículo 520 del Código Judicial, la que hago consistir en ser violatorio de la ley sustantiva por infracción directa, resultado al cual se llegó al través de manifiestos errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinados elementos de prueba".

Pasando a sustentar este motivo dice el mismo recurso que, de acuerdo con la Escritura Nº 1045, de 23 de noviembre de 1951, Clodomiro Martínez le quedó debiendo a Emiliano Navarrete $ 5.000.00; que, considerando una de las respuestas dadas por este demandante en las posiciones que absolvió, la sentencia tuvo ese resto de precio por reducido a $ 4.000.00 por los mismos contratantes, dinero que se probó haber sido pagado; que dicho fallo no tuvo en cuenta la respuesta que el absolvente dio a la pregunta duodécima del pliego de posiciones, en la cual dice Navarrete no haber aceptado el descuento del precio correspondiente al cuarto de fanegada que hacía falta para completar la cabida que vendió. Añade que, por no haber visto lo dicho por el absolvente en relación con la citada pregunta duodécima, la sentencia incurrió en un error en la apreciación de esta prueba, error que alega como de derecho y en subsidio de hecho, y que "los errores que se dejan señalados en la apreciación de esta prueba, condujeron al Tribunal a violar por infracción directa el precepto del artículo 1930 del Código Civil".

Acerca de estos mismos puntos se extiende el recurso en otras varias consideraciones que no mejoran ni enderezan la formulación del cargo para ajustarlo a la técnica de casación.

Se considera

La Corte tiene repetido hasta el cansancio que la causal primera de casación consiste siempre en la violación de la ley sustancial y que dicho quebranto puede producirse de dos modos distintos e inconfundibles, esto es, en forma directa y por vía indirecta. Se infringe la ley de manera directa cuando, sin consideración a las pruebas que le hayan servido al sentenciador para formar su juicio, el fallo deja de aplicar al caso del litigio el precepto que lo rige, cuando entiende erróneamente la norma legal o cuando aplica a dicho caso una disposición que le es extraña. La violación directa se origina, pues, en la falta de aplicación, en la interpretación errónea o en la aplicación indebida de un precepto sustancial, aparte de toda consideración relativa a las cuestiones de hecho.

La violación de la ley se produce en forma indirecta cuando la sentencia incurre en un error de hecho o en un error de derecho en la apreciación de las pruebas y a consecuencia de tal yerro deja de aplicar al caso del pleito la norma que lo regula o le aplica una disposición extraña. Esta infracción indirecta es el resultado de un error de hecho o de un error de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a los hechos que generan la litis.

El error de derecho en la apreciación de las pruebas consiste en que la sentencia le haya reconocido a una prueba un mérito demostrativo que la ley no le atribuye, o por el contrario, en que el fallo le desconozca a una prueba la fuerza de convicción que la ley le asigna. Este error constituye por sí mismo un quebranto de las normas legales que regulan la producción de los distintos medios de prueba o que les fijan a estos medios el valor demostrativo que les

corresponde dentro de la tarifa de pruebas. Cuando se alega violación indirecta de ley sustancial a causa de un error de esta especie, la técnica del recurso exige que se señale en concreto la prueba mal apreciada, que se individualice el precepto de carácter probatorio que se haya quebrantado al valorar tal prueba y la disposición sustancial infringida a consecuencia de ese yerro, indicando si esta última infracción consiste en falta de aplicación o en aplicación indebida.

En esta materia de la causa primera de casación el error de hecho "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, en que lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber 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 los autos. En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo". (Cas., marzo 23 de 1954-LXXVII, 2138, 119).

En el caso presente el recurso no se ciñó a estas reglas, pues que habla con insistencia de violación directa del artículo 1930 del C. Civil para expresar luego que ese supuesto quebranto se produjo por causa de un error de derecho y en subsidio de hecho en la apreciación de las posiciones absueltas por el demandado, confundiendo así la infracción directa con la indirecta. Y al exponer el aludido error de derecho no señaló cuál pudo ser la norma probatoria que se violó al ponderar aquella prueba. Se refiere también a un error subsidiario de hecho, con olvido de que en casación no proceden los cargos subsidiarios, como lo ha dicho la Corte (XC - 2207, 22). Lo cual denota que el cargo no se planteó en forma técnica y eficaz y que por ello la Corte no puede entrar a examinarlo, toda vez que el carácter formalista y dispositivo de este recurso no permite enmendar las fallas que en la formulación de un motivo se han cometido.

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 seis de septiembre de mil novecientos sesenta y uno, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario de Emiliano Navarrete Cárdenas contra el señor Clodomiro Martínez Villarraga.

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

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario

INSTRUMENTOS NEGOCIABLES. — CHEQUES

Su régimen legal. — Presunción de autenticidad de firmas. — Responsabilidad por el pago de cheques falsos. — A quién compete la carga de la prueba de falsedad. — Cuenta corriente. — Efectos del error de conducta del depositante en la guarda de su chequera. — Objeto del registro en el banco de la firma del titular de cuenta corriente. — Uso de sellos privados en los cheques. — Su alcance.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

The First National City Bank of New York fue demandado en vía ordinaria por la sociedad Argra Ltda., con estas súplicas:

"1ª. Que The First National City Bank of New York, establecimiento bancario domiciliado en esta ciudad, es responsable del pago de los cheques números 391487 y 391492, pago que fue hecho con cargo a la cuenta corriente que en él tiene la sociedad Argra Ltda.

"2ª. Que en consecuencia de la declaración anterior, se condene a The First National City Bank of New York a reembolsarle y reintegrarle a mi poderdante, sociedad Argra Ltda., la cantidad de $ 9.590.00 moneda corriente a que asciende el monto de dicho pago.

"3ª. Que se condene a The First National City Bank of New York a pagar a mi poderdante los intereses legales sobre aquella cantidad, como indemnización por la mora en su reembolso, a partir del día 23 de diciembre de 1960, fecha en que se le formuló por escrito la petición de reintegro hasta el día en que se efectúe tal reintegro.

"4ª. Que se condene a The First National City Bank of New York a pagar a mi poderdante la indemnización de los perjuicios que se le ocasionaron por el pago indebido de los cheques falsos con cargo a su cuenta corriente. Y

"5ª. Que, en caso de oposición, se condene al demandado al pago de las costas del presente juicio".

Como los hechos, que aparecen entreverados con no pocas alegaciones de derecho, se elevan a 21, conviene resumirlos, sin dejar de aludir concretamente a los que enmarcan la cuestión debatida:

Se afirma que en los días 10 y 12 de diciembre de 1960 fueron pagados aquellos dos cheques con cargo a la cuenta corriente que la sociedad Argra Ltda. mantenía en el Banco de tiempo atrás, y expresa el libelo a continuación:

"3º. Los facsímiles de dichos cheques fueron hurtados desprendiéndolos de la chequera, sin culpa alguna de su dueño y se falsificó su contenido, con inclusión de un sello no registrado y falsificación de la firma autorizada y registrada.

"4º. La falsificación del contenido de los cheques consistió en que tanto el nombre del beneficiario como las cantidades fueron puestos como órdenes emanadas de mi poderdante, sin serlo; se fingió la firma, la letra y la rúbrica del representante de Argra Ltda.; se fingió la firma de una persona supuesta, como beneficiario; se hizo figurar un documento de identificación que correspondía a otra persona distinta de quien se presentó a cobrarlo, y, finalmente, se estampó un sello que no estaba registrado en el Banco ni había sido usado por mi poderdante para sus cheques.

"5º. Inmediatamente se comprobó la sustracción de los facsímiles se dio aviso al Banco primero verbalmente y después por escrito y se puso el denuncio criminal para descubrir a los responsables del hurto y de la falsificación, denuncia de la cual se envió una copia fotostática al Banco, igual a la que con esta demanda presento".

Se alude a que las reclamaciones de Argra Ltda. no se atendieron por el Banco, el que no estaba obligado a no pagar cheque alguno "en que la firma del girador apareciera en forma distinta a la que tenía registrada, es decir, no sólo alterada sino con una adición sustancial como lo es un sello"; que "el Banco nunca antes atendió el pago de cheques con el sello que dice Argra- Administración; "que los cheques de que se trata tienen como beneficiario el nombre de Darío Mejía, que su endoso para el cobro aparece con autógrafo que también dice Darío Mejía, y como documento de identificación la cédula número 2476279 de Bogotá, que corresponde a otra persona; que al ser confrontado con mediana diligencia y cuidado el autógrafo que aparece como del girador, se hubieran observado diferencias esenciales "especialmente en la letra 'A' y en la rúbrica", aparte de aparecer adicionado con el sello Argra-Administración, nunca usado en el giro de sus cheques. Y continúa:

"14. Al atender el pago de los mencionados cheques, el Banco procedió con graves negligencia y descuido en la confrontación del autógrafo registrado, pues al hacerse la confrontación con diligencia y cuidado apenas medianos se habría visto que el primero estaba alterado en rasgos esenciales y además tenía como adición un sello que no aparecía registrado.

"15. El Banco también procedió con graves negligencia y descuido en la identificación del tenedor que los presentaba para cobrarlos porque si así no hubiera procedido se habría visto que el número de la cédula, anotado bajo la firma del que no cobraba no correspondía al nombre ni a la firma. El deber del Banco era proceder con diligencia, cuidado y severidad a la identificación de la persona que los cobraba, no sólo por así aconsejarlo elementales normas de prudencia sino porque así lo manda la ley: artículo 1º, ordinal h), Decreto 1053 de 1937.

"16. Puesto que los cheques tenían, como adición a la firma del girador, un sello no registrado, la más elemental prudencia aconsejaba extremar el cuidado en la identificación del tenedor que los cobraba aún en la hipótesis de que aquella firma hubiera sido tan perfectamente imitada que no se notara diferencia alguna con la registrada.

"17. El cuidado en la identificación del tenedor de los cheques que los presentaba para cobrarlos, habría frustrado el intento y no se habría consumado la sustracción acaecida".

Da explicaciones acerca de la demora en dar aviso al Banco sobre la sustracción de esqueletos para aquellos dos cheques; afirma que el Banco Cafetero incurrio en el mismo error de conducta que el First National City, pero al paso que aquél lo reconoció y procedió a reintegrar a la sociedad demandante las sumas respectivas, el segundo "se ha negado a reconocer que hubo negligencia y descuido en el cumplimiento de su deber de confrontar la firma registrada con la que aparecía en los cheques y de identificar plenamente al tenedor de ellos que los presentaba para hacerlos efectivos"; y termina con la deducción de que "el Banco demandado sí pudo razonablemente colegir que los cheques eran falsos o, a lo menos, sospechar la existencia de algo irregular en ellos y, por tanto, extremar el cuidado en la identificación del tenedor". De donde entiende el libelo que por "culpa del Banco se consumó el ilícito".

Dijo el Banco en su respuesta que "en cuanto a los hechos en que se apoya la demanda, por la forma como están redactados, debo negarlos en su totalidad para que se prueben, con la salvedad de que doy mi aceptación parcial a algunos de los hechos en la siguiente forma:

"Del primero, que Argra Ltda. ha tenido desde hace varios años una cuenta corriente en el Banco sujeta a las condiciones que el Banco tiene establecidas para su manejo.

"Del segundo, que el Banco efectivamente pagó los cheques números 391487 y 391492 con cargo a la cuenta de Argra Ltda., por la cantidad total de $ 9.590.00 en los días 10 y 12 de diciembre de 1960.

"Del décimo, que el pago de los cheques fue hecho por el Banco al señor Darío Mejía quien exhibió para identificarse la cédula de ciudadanía número 2473279 de Bogotá".

Y después de varias consideraciones sobre el depósito de dinero en cuenta corriente bancaria, expresó:

"En caso de que se llegare a demostrar cualquier culpa u omisión por parte del Banco presento la excepción de compensación de culpa basada en el hecho del manejo descuidado de la chequera y de los formularios que dejo expuesta en el párrafo anterior y que presento como excepción perentoria que debe ser fallada en la sentencia".

El fundamento de este medio, según el párrafo citado, es así:

"Acompañada a la demanda se halla una copia expedida por el Juzgado Permanente Central del segundo turno que contiene la denuncia número 3710 hecha ante dicho funcionario el 17 de diciembre de 1960 para la averiguación de un abuso de confianza que incluye cheques a cargo del Banco Cafetero y los dos cheques materia de este juicio a cargo de The First National City Bank of New York. En dicha denuncia se lee:

"'La única persona que puede tener acceso a las chequeras es la Secretaria de la empresa, señorita Abigaíl Neira que tiene las chequeras en su escritorio con llave que ella solamente maneja, pero como hay otros empleados que tienen acceso a la oficina y puede dejar la señorita abierto el cajón, no puedo determinar quién tenga la responsabilidad de estos hechos, pues no puedo afirmar concretamente quién puede ser el responsable, porque también manejan las chequeras el contabilista señor Carlos Guzmán y José Córdoba, pero de estos tipos no tengo desconfianza, es un caso en que es muy difícil para mí determinar qué persona pueda ser'".

El juez del conocimiento, 3º Civil del Circuito de Bogotá, puso fin a la primera instancia por sentencia del 24 de julio de 1962, así:

"1º. The First National City Bank of New York, establecimiento bancario domiciliado en esta ciudad, es responsable del pago de los cheques números 391487 y 391492, pago que fue hecho con cargo a la cuenta corriente que en él tenía la sociedad Argra Ltda.

"2º. Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a The First National City Bank of New York a reembolsarle y reintegrarle a la sociedad Argra Ltda., la cantidad de nueve mil quinientos noventa pesos moneda corriente ($ 9.590.00) a que asciende el monto de dicho pago.

"3º. Condénese a The First National City Bank of New York, a pagar a la demandante Argra Ltda., los intereses legales sobre aquella cantidad, como indemnización por la mora en su reembolso, a partir del día 23 de diciembre de 1960, hasta cuando se efectúe el reintegro.

"4º. Niégase la petición relacionada con la condena a indemnización de perjuicios, a que se refiere el numeral 4º de la parte petitoria de la demanda.

"5º. Declárese no probada la excepción perentoria de compensación de culpas propuesta por el demandado.

"6º. Condénese al demandado The First National City Bank of New York a pagar las costas del presente juicio. Liquídense".

Apeló el Banco demandado. Y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, después de revocar el fallo de primer grado, resolvió con fecha 12 de febrero de 1964:

"1º. Niéganse las declaraciones y condenas impetradas en la demanda con que se inició este juicio.

"2º. En consecuencia, absuélvese al demandado de los cargos que en ella se le formulan.

"3º. Las costas de la primera instancia son de cargo de la demandante.

"4º. Sin costas en el recurso de alzada".

Y es ahora la oportunidad de que la Corte resuelva el recurso de casación que la parte actora sustenta.

La sentencia acusada

En cuanto hace a la cuestión de fondo, expone el sentenciador:

"Según los hechos que narra la demanda, se discute en el presente juicio si The First National City Bank of New York violó el contrato de 'depósito en cuenta corriente bancaria' que había celebrado con Argra

Ltda., al pagar, con los dineros que ésta había depositado en poder de aquél, los cheques números 391487 y 391492, por un valor total de $ 9.590.00, y si, en razón de la violación de ese contrato, la cual se hace consistir en que el Banco pagó aquellos instrumentos no obstante su falsedad, el demandado comprometió su responsabilidad contractual y debe soportar las condenas que se detallan en el libelo con que se inició este proceso.

"La existencia del contrato de 'depósito en cuenta de cheques', plenamente se encuentra establecida en el juicio, con la confesión que hicieron los apoderados de los representantes de las partes al formular la demanda y al darle contestación. También el documento privado que obra al folio 31 del cuaderno principal, reconocido expresamente por los litigantes, plenamente acredita dicho contrato del cual surgieron para The First National City Bank of New York las obligaciones de conservación y restitución que a todo depositario le impone el artículo 2236 del Código Civil.

"Igualmente se encuentra acreditado de manera plena que el Banco demandado pagó con los dineros que en poder de él había depositado Argra Ltda. los cheques anteriormente mencionados, pues, el apoderado del Gerente de la sociedad demandada expuso al contestar el libelo con que se inició el juicio: '... el Banco efectivamente pagó los cheques números 391487 y 391492 con cargo a la cuenta de Argra Ltda., por la cantidad total de $ 9.590.00 en los días 10 y 12 de diciembre de 1960'. Esa manifestación debe tomarse al tenor de lo dispuesto por el artículo 607 del Código Judicial, como una confesión, para darle el valor probatorio señalado por la disposición inmediatamente anterior a la acabada de citar, o sea el de pleno.

"El acto de la diligencia de inspección ocular practicada durante el término probatorio del juicio (Fs. 8 v. y ss. del c.2), igualmente acredita en forma plena (artículo 730 del C. J.), lo siguiente:

"a) La firma registrada en el Banco para girar cheques a nombre de la demandante, por la época en que se giraron y pagaron los que son objeto de este juicio, era la de 'Jorge A. Perry', en letras claras, y sin sello de ninguna clase.

"b) En los cheques números 391487 y 391492 aparece esa firma con un sello 'al parecer superpuesto que dice "Argra" en letras grandes y debajo en letras pequeñas la palabra "Administración".

"c) La entidad actora giró varios cheques, distintos a los acabados de citar, en los que aparece la firma 'Jorge A. Perry' con un sello que expresa 'Argra' y debajo de esta palabra en letras más pequeñas se lee 'Gerencia'.

"d) El beneficiario de los cheques objeto de este juicio anotó al pie de su firma la cédula de ciudadanía número 2476279 de Bogotá.

"El certificado del Jefe del Departamento de Identificcaión de la Registraduría del Estado Civil, que aparece al folio 20 del cuaderno primero, acredita que tal cédula de ciudadanía no corresponde al beneficiario de los cheques anteriormente mencionados".

El sentenciador examina si la circunstancia de que los cheques llevaran un sello no registrado "y la de que quien figura como beneficiario haya anotado al cobrarlos una cédula de ciudadanía que no le correspondía, son suficientes para imponerle a The First National City Bank of New York la obligación de restituirle a Argra Ltda., el valor de dichos instrumentos". Transcribe varios apartes de la sentencia de primer grado, y expresa a continuación:

"Guarda silencio la sentencia impugnada sobre la falsedad de los cheques en referencia. Parece que la hace consistir en que dichos instrumentos llevaban un sello que no estaba registrado.

"La sociedad actora hace consistir la falsedad dicha, ante todo, en que la firma del girador de los mencionados cheques no era de su gerente. Por ello en la demanda se dice que hubo 'falsificación de la firma autorizada y registrada', que 'se fingió la firma, la letra y la rúbrica del representante de Argra Ltda..

"Siendo la falsificación de los cheques números 391487 y 391492 la base fundamental de la condena impetrada por la sociedad actora, para poder imponerla no era suficiente demostrar que los mencionados ins-

trumentos negociables llevaban un sello y que el Banco no identificó al beneficiario cuando los presentó para su cobro, pues, como el sello no privaba a los cheques en referencia de la calidad de instrumentos negociables (Num. 4º del artículo 10 de la Ley 46 de 1923) y en éstos la firma del girador se presume auténtica (artículo 4º de dicha Ley), sólo desvirtuando esa presunción, es decir, demostrando que la firma 'Jorge A. Perry' que aparece en los cheques mencionados, no había sido puesta por el Gerente de la entidad demandante, se podía entrar a discutir si el Banco demandado se colocó en la situación prevista por el artículo 191 de la Ley 46 de 1923, al pagar los aludidos cheques.

"Ahora bien, si a los cheques números 391487 y 391492 los ampara una presunción de autenticidad, que no se halla desvirtuada, puesto que la demandante no demostró que la firma 'Jorge A. Perry', que en ellos figura, no fuera de su Gerente, se impone, por tanto, la revocatoria de la sentencia apelada, ya que la condena que ella contiene exigía como primer requisito para su imposición el de que se hubiera desvirtuado la presunción contemplada por el artículo 4º de la Ley 46 de 1923, con lo cual había quedado establecida la falsedad de los instrumentos a que se hace referencia".

La acusación

Viene invocada la causal 1ª por cinco aspectos que se enuncian a continuación:

Primero. Aplicación indebida de los artículos 4º y 10º (ordinal 4º) de la Ley 46 de 1923.

El recurrente alega que si por el citado artículo 4º se presumen auténticas las firmas de las partes que intervienen en los instrumentos negociables, "y no necesitan ser previamente reconocidas para ejercer las acciones respectivas", la norma, por ser de excepción a la regla general en materia de prueba por documentos privados, "debe ser objeto de interpretación y de aplicación restrictivas, o sea, que solamente operará en el caso y para los fines claramente previstos en la hipótesis allí contenida". De donde deduce que la presunción de autenticidad sólo se aplica al cobro judicial de los instrumentos negociables, de modo que como el proceso no trata de esto sino, por el contrario, de deducir responsabilidad contra el banco por haber pagado aquellos cheques con incumplimiento del contrato de cuenta corriente, no era aplicable la susodicha presunción de autenticidad. Y comenta:

"No se ve cómo podría sostenerse que el contrato de cuenta corriente bancaria, en lo referente al convenio sobre una forma especial de firmar los cheques a que ella da origen y a la obligación de identificar a quien se presente a cobrarlos en ventanilla, pueda ser dejado sin eficacia alguna por virtud de lo dispuesto en el artículo 4º y 10 (ordinal 4º) de la Ley 46 de 1923.

"No es discutible, desde luego, que para el tercero en el contrato de cuenta corriente, tenedor de un cheque, la presunción opera si va a ejercer la respectiva acción con base en él; pero es igualmente indiscutible que nunca podrá operar para una de las partes del contrato, ya que, por virtud de tal contrato se ha hecho obligatoria para ellas una forma especial de firmar que, para evitar dudas, ha sido previamente registrada. Las partes del contrato han convenido de antemano cómo debe ser la firma de esos cheques: la que coincida con la registrada".

Hace otras consideraciones corroborantes de su punto de vista, y en relación con el asunto sub-judice estima que como según el acuerdo entre las partes los cheques se girarían bajo el autógrafo de Jorge A. Perry en la forma registrada y sin sello alguno, por virtud del pacto mismo el banco "contrajo la obligación de no pagar ninguna orden —cheque— que a simple vista fuera distinta de la registrada".

Y cuanto al ordinal 4º, artículo 10 de la Ley 46 de 1923, condensa su pensamiento así: "sus rectas interpretación y aplicación deben relacionarse con el requisito fijado en el ordinal primero del artículo 5º de la misma Ley, cuando establece que todo instrumento negociable debe estar firmado por el que lo extiende o gira, en el sentido de que su validez no se afecta por el hecho de que "lleve un sello". Nadie ha sostenido que el banco sea responsable por el pago irregular de los cheques debido a que eran inválidos por llevar un sello; lo que se ha sostenido es que su responsabilidad se origina en el hecho de haberlos pagado no obstante tener

un sello que no estaba registrado, lo que implicaba violación del contrato".

Segundo

Infracción directa de los artículos 1494, 1495, 1602, 1603, 1612, 1615, 2247 (Ord. 2º) y 1604 del Código Civil y 2º de la Ley 46 de 1923. "Al fallar como falló el Tribunal —dice el recurrente— procedió como si los contratos no fueran una de las fuentes de las obligaciones; como si el contrato legalmente celebrado no fuera una ley para las partes; como si las partes no estuvieran obligadas a proceder no sólo en la forma expresamente manifestada en el contrato sino en todo lo que emana precisamente de la naturaleza de la respectiva obligación; como si la obligación de no hacer no se resolviera en la indemnización de perjuicios; como si en el contrato de cuenta corriente bancaria, por su propia naturaleza, el banco estuviera exonerado de toda clase de responsabilidad".

Encuentra el recurrente que la cuestión de hecho fue planteada por la demandante y aceptada por el demandado en el campo de la responsabilidad contractual; que según lo demostrado en autos y lo admitido por el sentenciador eran aplicables las disposiciones que el cargo cita; y expone:

"Es, por tanto, de meridiana claridad que el banco al recibir una orden de pago —cheque— lo primero que debía de hacer, para cumplir su obligación, era comparar la firma del cheque con la que tenía registrada; proceder a pagarlo si a **simple vista** aparecían iguales; o abstenerse de pagarlo si, a **simple vista**, aparecía distinta, sin que para cumplir su obligación fuera necesario entrar a analizar si el autógrafo era falso o no, ya que aún aceptando que éste hubiera sido puesto por el cliente, el banco debía rechazarlo, porque el cliente también estaba obligado a firmar en la forma estipulada. Así proceden los bancos y así tienen que proceder.

"La fuente de la responsabilidad del banco demandado se halla, precisamente, en que violó el contrato:

"a) Al pagar esos cheques a pesar de que, a simple vista, aparecían girados bajo una forma distinta de la convenida y registrada; y

"b) Al no identificar a quien se presentó en ventanilla a cobrarlos, pues si lo hubiera hecho habría comprobado que la cédula indicada al respaldo de los cheques no era la expedida a la persona que dijo llamarse Darío Mejía.

"Es evidente que si el banco hubiera procedido con mediana inteligencia y cuidado en el cumplimiento de estas dos obligaciones el daño no se habría producido, cualesquiera que hubieran sido los antecedentes imputables al actor".

Tercero

Infracción directa de los artículos 1612, 1613 y 1615 del Código Civil, por no haberlos aplicado el sentenciador.

Sobre la base de que la obligación de no hacer se resuelve en indemnización de perjuicios por daño emergente y lucro cesante, el reparo consiste sustancialmente en que admitida por el Tribunal la existencia del contrato de cuenta corriente entre actora y demandado, quedó en claro la obligación bancaria de abstenerse de pagar cheques que no estuvieran firmados en la forma convenida y registrada, además del deber de identificar al cobrador de los mismos.

"Al encontrar probado —arguye— que el banco pagó los cheques no obstante estar firmados de manera diferente a la convenida y registrada y que no identificó a su cobrador, la conclusión era que el banco había violado la obligación de no hacer y que por no haber identificado a la persona que recibió su valor, lo hecho no podía deshacerse, o sea, que estaba probada una situación de hecho prevista por el artículo 1612 C. C. Siendo ello así, ha debido aplicar la norma respectiva; puesto que no lo hizo, violó esa disposición".

Insiste en sus puntos de vista, trae citas doctrinales sobre las precauciones, diligencia y cuidados bancarios en el pago de cheques, y concluye:

"Es indiscutible que si el banco demandado, antes de proceder al pago de los cheques hubiera procedido con mediana diligencia y cuidado en la confrontación de las firmas y en la identificación de la persona a quien le pagaba los cheques, el perjuicio no se habría producido, cualesquiera que hubieran sido los antecedentes del caso".

Cuarto

"Infracción del artículo 191 de la Ley 46 de 1923, a la cual llegó el Tribunal por vía indirecta al incurrir en un evidente error de hecho derivado del yerro interpretativo de la demanda, yerro que hizo que aplicara dicho artículo a un hecho no regulado por él, haciéndolo producir efectos distintos de los contemplados por él".

Por cuanto el fallo del Tribunal, expresa que en el juicio se discute si el banco violó el contrato de depósito en cuenta corriente por haber pagado aquellos cheques no obstante su falsedad, la censura le atribuye error en la interpretación de la demanda, así:

"...el Tribunal incurrió en error porque se confundió en relación con la naturaleza jurídica de la acción intestada, pues creyó que ésta era la de responsabilidad extracontractual siendo así que la incoada era la de responsabilidad contractual, como rectamente lo entendió el Juez del Circuito.

"La violación del contrato no podía hacerse consistir, como lo entendió el Tribunal, en el pago de cheques falsos, porque la responsabilidad de los bancos por esta causa no se origina en el contrato de cuenta corriente bancaria sino en la ley.

"La afirmación que en la demanda se hace de que los cheques eran falsos, tiene por único objeto informar y explicar a la justicia la totalidad de la situación de hecho, sus antecedentes, para evitar que pudiera haberse creído que el actor pretendía defraudar al banco escudándose en las irregularidades del pago, para repetir dicho pago".

Por otro aspecto, el recurrente asevera que el Tribunal erró "al considerar que la base fundamental de la demanda —la causa petendi— fue la falsificación. La causa petendi fue el pago hecho a pesar de que la firma de los cheques era distinta de la convenida y registrada y sin identificación del beneficiario, en cuanto esos hechos son violatorios del contrato".

Estima además que el sentenciador en la interpretación de la demanda cometió un tercer error en cuanto alude a que la sentencia del Juez guardó silencio sobre la falsedad de los cheques, y dice:

"Si el Juzgado guardó silencio sobre la falsedad no fue porque la hiciera consistir en la existencia del sello sino porque él sí entendió que la sustancia de la acción estaba en que tales cheques habían sido pagados no obstante llevar 'un sello que no estaba registrado' y que el beneficiario no había sido identificado, de donde concluyó que el banco había violado el contrato al proceder así, siendo responsable". Y termina el reparo de este modo:

"Siendo distintas las acciones de responsabilidad extracontractual, que se origina en el artículo 191 de la Ley 46 de 1923, y la de responsabilidad contractual, que se origina en la violación del contrato de cuenta corriente bancaria, el Tribunal incurrió en una lamentable equivocación al absolver al demandado con base en la primera, siendo así que la acción ejercitada era la segunda".

"Quinto

En el fondo es el retorno a las acusaciones anteriores, porque expresa:

"Acuso la sentencia por infracción de los artículos citados al formular los cargos segundo y tercero, a la cual llegó por vía indirecta, a través del yerro interpretativo de la demanda, pues al equivocarse en la tipificación jurídica de la acción intestada, dejó de aplicarlos a hechos previstos en ellos, procesalmente demostrados como él mismo lo aceptó".

Se considera

1. La índole jurídica de los instrumentos negociables y su función económica predican la necesidad de que normas especiales a un tiempo les permitan su expedita circulación y las mayores facilidades para hacer efectivos los derechos de crédito que encierran.

Al logro de esos resultados de interés general se encamina el ordenamiento de la Ley 46 de 1923, que consagra una serie de presunciones y criterios basados en la ciencia y experiencia de los negocios, el manejo difícil, pero a la vez susceptibles de alcanzar el plano justo y equitativo en que debe sustentarse el normal desarrollo del crédito, como estimulante insustituible de los factores que concurren a conseguir el bienestar de las naciones.

2. Así, el artículo 4º del citado estatuto presume la autenticidad de las firmas de giradores, otorgantes, aceptantes, endosantes y demás partes que intervengan en los instrumentos negociables, "y no necesitan ser previamente reconocidas para ejercitar las acciones respectivas". Antes bien, la disposición añade: "el que alegue la falsedad de ellas debe probarla".

Claro imperio aplicable especial y exclusivamente a los instrumentos negociables, pero también con el significado natural y obvio de que si por consecuencia de la presunción de autenticidad de firmas no necesitan de reconocimiento previo para la cobranza judicial, menos aún habrán de requerirlo en el cobro que se hace por vía extrajudicial.

3. Así, además, por el artículo 61 "todo tenedor se presume serlo en debida forma". Lo que desde luego implica que "posee el instrumento libre de todo defecto en el título de las partes anteriores a él y libre de excepciones que puedan proponerse dichas partes entre sí", y que "puede exigir el pago por el monto total contra todas las partes obligadas" (artículo 59), y de modo que "el pago se le haga en debida forma descarga el instrumento", (artículo 54).

4. Dentro del alcance de tales regulaciones genéricas armoniza muy bien el criterio del artículo 90 al estatuir que "el pago se hace en debida forma cuando se efectúa a su vencimiento o después de él, al tenedor de buena fe y sin tener noticia de que su título sea defectuoso".

Por lo general esa buena fe de quien paga se presume conforme a los principios. Pero a veces la ley requiere que sea buena fe exenta de culpa, como cuando el llamado a pagar tiene por su profesión responsabilidades específicas impuestas por las normas aplicables.

5. Es lo que sucede con los bancos en el pago de cheques girados a su cargo. Porque entonces su conducta debe aparecer libre de responsabilidad, por llevar la carga permanente de conducir sus operaciones en conformidad con el cuidado, prudencia y diligencia que marcan las prácticas sanas de los banqueros, por ser los establecimientos de crédito amplios depositarios de la confianza general.

No otra cosa fluye del artículo 191, cuando ordena:

"Todo banco será responsable a un depositante por el pago que aquél haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al banco, dentro de un año después de que se le devuelva el comprobante de tal pago, que el cheque así pagado era falso o que la cantidad de él se había aumentado".

De una vez resalta la naturaleza contractual de la responsabilidad sentada por la norma cuando contempla al depositante en cuenta bancaria que se mueve por cheques y consignaciones expresadas en dinero, o sea con la fisonomía básica contractual del depósito irregular, de acuerdo con el artículo 2246 del Código Civil. Responsabilidad que en el establecimiento de crédito se presume por el pago de cheques falsos o cuya cantidad se haya aumentado, no porque a través del riesgo de empresa se consagre allí el criterio objetivo ajeno al derecho colombiano, sino porque probado el antecedente necesario de la adulteración del cheque, pesa sobre el banco que lo ha cubierto la carga de acreditar que su conducta estuvo conforme con las reglas profesionales de cuidado, prudencia y diligencia para descubrir el fraude y prevenirlo dentro de lo razonable, en atención a la celeridad propia de sus operaciones y principalmente en los pagos por ventanilla, que no admiten mucha dilación.

6. El titular de cuenta corriente no es un extraño sino persona que se encuentra ligada por relación de clientela con el banco que le recibe sus depósitos en la seguridad de que manejará con pulcritud y esmero el libramiento de los cheques respectivos, del propio modo que custodiará en adecuada forma y bajo su directa responsabilidad el talonario que le permite disfrutar de todas las ventajas que se derivan del empleo de ese perfeccionado instrumento de pago.

Tal relación de clientela requiere el intercambio continuo de confianza entre el banco y sus depositantes, a tiempo en que determina la reciprocidad de esfuerzos en la tarea de evitar el daño que se desprende de

la emisión de cheques falsos. Esto acentúa la trascendencia de la culpa del depositante descuidado en la guarda de la chequera que el banco le suministra para ser empleada como instrumento primordial de seguridad y control que le permita asumir precisamente el riesgo de empresa que le impone la ley a través de la presunción de responsabilidad por el pago de cheques adulterados. De donde habrá razón liberatoria de esa presunta responsabilidad, cuando la causa originaria del fraude inaparente cometido por tercera persona obedezca a notorio error de conducta en que el depositante haya incurrido en la guarda de su chequera. O sea, cuando por su apariencia el cheque discutido se presentó al pago completo y regular en su forma exterior, sin señales visibles de adulteración y dentro de la serie correspondiente al talonario que el Banco puso en manos de su depositante.

Todo lo cual confiere eficacia plena a las cláusulas convencionales, de uso común en banca y que concretamente aparecen ajustadas entre Agra Ltda. y The First National City Bank of New York:

"El banco atenderá al pago de cheques que hayan sido girados de acuerdo con las disposiciones legales y contractuales, en la libreta de cheques autorizada por el banco y que no presenten a simple vista apariencia de falsificación o adulteración apreciable del esqueleto del cheque o de las firmas o sellos registrados en las oficinas del banco por el titular de la cuenta".

"El recibo de la chequera y del formulario para solicitar nueva provisión de cheques, implica para el cliente la obligación de custodiar los cheques y formularios de modo que ninguna otra persona pueda hacer uso de ellos y por lo tanto asume el riesgo ante el banco y ante terceros por cualquier uso indebido que de ellos se haga, a causa de negligencia o descuido en la obligación de custodia que adquiere (sic), vr. gr., la falsificación de firmas, adulteración de cantidad, etc.".

7. Muy claro es que el registro en el banco de la firma del titular de cuenta corriente se halla en función del contrato respectivo para seguridad de ambas partes, como también se encuentra en orden a la asunción del riesgo bancario que funda la presunción de responsabilidad por el pago de cheques adulterados. Es en efecto un medio de control que atiende a la apariencia externa del cheque en la medida de lo razonable. Porque no es de exigir la intervención de peritos grafólogos en los pagos por caja de los establecimientos bancarios. Y puesto que la experiencia enseña cómo en realidad no hay dos firmas iguales, aunque sean puestas en serie por la misma persona, sino que sólo muestran forma semejante que permite inferir su autenticidad al ojo profano, y puesto que además muy a menudo se observa la evolución paulatina de las firmas sin que pierdan sus características fundamentales, la comparación a cargo de los bancos no puede ir más allá de lo que permite el buen sentido de sus empleados, aguzado por la práctica de cada día

Pero todo esto acumula responsabilidad correlativa en el depositante, cuando la adulteración invocada en juicio se refiere a instrumentos tomados del preciso talonario suministrado por el banco al titular de cuenta para la factura de sus cheques. Porque salvo prueba en contrario, de esa circunstancia surge de una vez el descuido fundamental en la guarda de los esqueletos propios para darle apariencia básica de legitimidad a los cheques desprendidos del mismo cuadernillo destinado a evitar el fraude.

8. El sistema de la ley es así de correspondencia, equilibrio y armonía. Presume la autenticidad de las firmas de quienes intervienen como partes en los instrumentos negociables, de modo que la falsedad debe probarse por el que la alega. Presume que el establecimiento de crédito es responsable por el pago de cheques falsificados, porque en el desarrollo de sus operaciones le impone el esmero que exigen las sanas prácticas bancarias. Pero ha de probarse que la nota de falsedad como antecedente de esa presunción no debió escapar a la perspicacia razonable del banco, quien está capacitado para libertarse si prueba causas exonerativas, como puede serlo el incumplimiento del depositante en lo que respecta a su obligación primordial de custodiar la chequera.

9. Cuando el ordinal 4º del artículo 10 de la Ley 46 de 1923 prescribe que la validez y

el carácter de negociable de un instrumento no se afectan porque "lleve un sello", no contempla en realidad el empleo de sellos privados, sino que la recta inteligencia de la norma, como recibida que es del derecho anglosajón, conduce al significado de que la presencia de funcionario dotado de la fe pública o la solemnidad que autentique el instrumento, no le suprime el carácter de negociable, como sería si el pagaré a la orden se otorgara por escritura pública. Porque en derecho inglés o estadounidense es solemne el acto bajo sello, pero no el contrato simple dentro del cual se mueven los instrumentos negociables.

Si, pues, el sello notarial no invalida el instrumento ni le suprime el carácter de negociable, con mayor razón es intrascendente que en el cheque figure o no un sello privado, si no se ha convenido en la necesidad positiva de que figure alguno que se registre para efectos de la apariencia exterior del instrumento.

10. Cuanto a los cheques discutidos en el presente proceso se destaca desde la demanda inicial que el gerente de Argra Ltda. incurrió en notorio error de conducta en la guarda de la chequera suministrada por The First National City Bank of New York. En el documento acompañado desde entonces como prueba se lee:

"La única persona que puede tener acceso a las chequeras es la secretaria de la empresa, señorita..., quien tiene las chequeras en su escritorio con llave que ella solamente maneja, pero como hay otros empleados que tienen acceso a las oficinas y puede dejar la señorita abierto el cajón, no puedo determinar quién tenga la responsabilidad de estos hechos (habla el gerente de Argra), pues no puedo afirmar concretamente quién pueda ser el responsable, porque también manejan las chequeras el contabilista señor ... y ..., pero de estos tipos no tengo desconfianza, es un caso en que es muy difícil para mí determinar qué persona pueda ser".

Si, pues, el gerente de la sociedad no tuvo noticia oportuna de la sustracción ni sabe a quién atribuirla, mal puede pretender que el banco lo adivinara a tiempo del pago, y menos cuando los elementos de juicio allegados al proceso señalan que tales cheques tuvieron apariencia regular en su forma exterior. La inspección ocular practicada en el banco es clara respecto a que "la diferencia de los cheques citados antes en cuanto a la persona autorizada para girarlos y el registro de la misma en la tarjeta es la de que en ésta no existe ningún sello y en cambio en los cheques sí se encuentra un sello". Y si agrega que "la parte restante de este punto en cuanto se refiere a las diferencias entre las dos firmas —las que ostentan los cheques y las registradas en el banco— es materia que escapa a la presente diligencia y por ello nada se puede decir sobre esas posibles diferencias", lo más que se desprende habría de ser la ausencia de prueba a estos respectos, si no fuera porque la actora reconoce que las diferencias esenciales entre tales firmas se concentran en la letra "A" y en la rúbrica, lo que en lugar de contradecir corrobora más bien la circunstancia de que los cheques no permitían descubrir a simple vista la falsedad, que se alega sin haberse probado. Además, fue visto ya que la presencia de un sello no registrado es incapaz de comprometer la regularidad exterior del instrumento.

11. Sobre la alegación de que el banco no se cuidara de identificar al cobrador de los cheques por ventanilla, la citada inspección ocular prueba que "al respaldo aparece la firma en letra legible 'Darío Mejía', con la anotación complementaria que dice: C. C. 2476279 Bogotá", sin que la circunstancia demostrada de que la cédula legítima corresponde a otro ciudadano, lleve necesariamente a la conclusión de que el banco omitiera el cumplimiento de aquel deber de elemental rutina, puesto que la cédula misma pudo estar falsificada con nombre, firma y demás señales de "Darío Mejía".

No hay entonces base plausible para infirmar la sentencia proferida sobre hechos que en principio quedan bajo la autónoma apreciación del Tribunal, sin que el recurso haya roto los considerandos sustanciales en que se apoya.

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, NO

CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha doce (12) de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida en el presente litigio de la sociedad Argra Ltda. contra The First National City Bank of New York.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REVISION DE SENTENCIA EN CASO DEL ART. 1030 DEL C. JUDICIAL

Objeto jurídico de este litigio y su diferencia con la nulidad de lo actuado en el juicio que se revisa. — La competencia del juez del conocimiento del juicio sometido a la acción de revisión, es materia extraña al proceso de revisión. — Copia de escrituras públicas. — Juez a quien compete ordenar su expedición en el evento del Art. 2602 del C. Civil. — Embargo de bienes corporales muebles. — Cuándo se perfecciona.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán).

1º Por escritura número 871 de 2 de julio de 1951, corrida en la Notaría Segunda de Armenia (C.), debidamente registrada en Guaduas, Hernando Mejía Escobar vendió a José Manuel Toro Echeverry un inmueble rural ubicado en el Municipio de Puerto Salgar (Cundinamarca). El comprador Toro Echeverry quedó debiendo la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00) por cuenta del precio, con plazo de cuatro (4) años, a partir de la fecha del instrumento. Como garantía de la obligación el deudor constituyó hipoteca sobre la finca "El Diamante", objeto de la venta.

Mediante escritura número 344 de 31 de agosto de 1951, pasada en la Notaría de La Dorada y debidamente registrada, José Manuel Toro Echeverry y Ricardo Angel Londoño celebraron un contrato de permuta y en virtud de él Toro Echeverry transfirió a Angel Londoño el inmueble "El Diamante" adquirido por aquél según escritura 871, ya citada. En la cláusula 4ª de la escritura 344, se dice textualmente lo siguiente:

"Que el inmueble precitado carga con una hipoteca de treinta mil pesos ($ 30.000.00) moneda legal en favor del señor Hernando Mejía Escobar, gravamen que fue constituído por escritura número 871 de 2 de julio de 1951, citada en la cláusula tercera de esta escritura, deuda que tiene un plazo de cuatro años, que empezó a contarse desde la fecha de la escritura de constitución, reconociendo un interés del seis por ciento (6%) anual, deuda de la cual se hace cargo el señor Ricardo Angel Londoño, quien se obliga a obtener la cancelación cuando se venza el plazo o antes si así lo quisiere".

Y en la cláusula 10 se declaró:

"Ambas partes permutantes tienen recibidos a su entera satisfacción los inmuebles que respectivamente adquieren".

2º Los juicios especiales.

a) Ejecutivo de Tomás Vélez Marulanda contra Hernando Mejía Escobar.

En el mes de abril de 1952 Vélez Marulanda inició procedimiento ejecutivo en el Juzgado del Circuito de Calarcá (C.) contra Hernando Mejía Escobar. El ejecutante Vélez Marulanda remató el 4 de marzo de 1954 el crédito hipotecario constituído por José Manuel Toro Echeverry a favor del mencionado Mejía Escobar, según escritura número 871 de 2 de julio de 1951, que, de conformidad con la escritura 344 del 31 de agosto del mismo año, Ricardo Angel Londoño se comprometió a pagar en su totalidad.

En los hechos segundo a quinto de la demanda de este juicio, se lee:

"2º Sobre dicha finca pesaba una hipoteca a favor del señor Hernando Mejía Escobar, constante en escritura número 871

otorgada en la Notaría 2ª de Armenia el 2 de julio de 1951, por la suma de $ 30.000, y con cuatro años de plazo, el cual venció el 2 de julio de 1955.

"3º Con base en la hipoteca constante en la escritura 871 de 2 de julio de 1951 y en el certificado de tradición expedido por la Oficina de Registro de Guaduas, el señor Ricardo Angel Londoño fue demandado en acción hipotecaria el 1º de agosto de 1955, ante el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, lugar del domicilio del deudor, por el señor Efraín Jaramillo, en su condición de cesionario del señor Hernando Mejía Escobar.

"4º Dicho certificado de tradición no rezaba de acreedor distinto a Hernando Mejía E., y por ende, de su cesionario, por lo cual el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá decretó el embargo de los bienes hipotecados y ordenó al señor Ricardo Angel Londoño que pagara al señor Efraín Jaramillo.

"5º Fue así como por orden de autoridad, el señor Ricardo Angel Londoño pagó la deuda a que estaba obligado, y por providencia de 19 de agosto de 1955 se dio por terminado el juicio por pago efectivo de la obligación cobrada, y fue ordenado el desembargo respectivo y fue librado el correspondiente oficio para el señor Notario Segundo del Circuito de Armenia, ordenando la cancelación de la citada hipoteca, todo lo cual fue hecho".

Al notificársele a Ricardo Angel Londoño el auto de embargo del crédito, el 13 de abril de 1953, manifestó "que en verdad debe el crédito de cuyo pago al señor Mejía Escobar se abstendrá hasta nueva orden del Juzgado".

Provisto de la copia del acta de remate, Vélez Marulanda solicitó del mismo Juez de Circuito de Calarcá que, previa citación de Ricardo Angel Londoño, se ordene al Notario de Armenia, donde se corrió la escritura número 871, la expedición de una copia de éste. Cumplido el procedimiento correspondiente con la presencia de Angel Londoño y sin su protesta, el juzgador, en pronunciamiento de 8 de junio de 1954, proveyó como se le había pedido.

En posesión de los elementos anotados, Vélez Marulanda inició juicio ejecutivo contra Angel Londoño, del cual se hará concreta referencia más adelante.

b) Hipotecario de Efraín Jaramillo Uribe contra Ricardo Angel Londoño.

El 1º de agosto de 1955, Jaramillo Uribe, cesionario de Hernando Mejía Escobar, demandó en acción especial hipotecaria a Ricardo Angel Londoño. En este procedimiento se decretó el embargo del inmueble "El Diamante" que se comunicó al Registrador de Instrumentos Públicos de Guaduas (C), en oficio Nº 422 de 2 de agosto de 1955, registro que se hizo el día 3 del mismo mes. Cinco días después, el 8 de agosto, Efraín Jaramillo Uribe, actor, y Ricardo Angel Londoño, ejecutado, manifestaron al Juez del conocimiento haber transigido el litigio "por pago efectivo de la obligación" y le solicitaron declarar terminado el procedimiento. Así lo ordenó el Juzgador en auto de 19 de agosto del mismo año.

De estos antecedentes aparece que a pesar de habérsele ordenado a Angel Londoño en el auto de embargo que se le notificó el 13 de agosto de 1953, abstenerse de pagar el saldo debido a Mejía Escobar, la orden fue incumplida y Angel Londoño pagó al cesionario de Mejía Escobar en agosto de 1955, dos años después de impartida la orden de abstención, en un juicio que sólo duró 19 días.

c) Ejecutivo de Tomás Vélez Marulanda contra Ricardo Angel Londoño.

Se inició ante el Juez de Armenia el 7 de noviembre de 1956. Con la demanda ejecutivas presentaron: copia del acta de remate verificado el 4 de marzo de 1954; copia de la escritura 871 expedida por el Notario de Armenia por orden del Juez del Circuito de Calarcá; y copia de la escritura 344 de 31 de agosto de 1951.

Dentro de este procedimiento el ejecutado Angel Londoño propuso las excepciones de inepta demanda, carencia de acción, ilegitimidad de personería de la parte demandada, declinatoria de jurisdicción y la de pago, que el juzgador declaró no probadas y el Tribunal, por mayoría de votos, confirmó al conocer de la apelación interpuesta por el ejecutado.

Del estudio de cada una de las excepciones concluye el Tribunal que ninguna de

ellas tiene mérito para enervar la acción ejecutiva.

El Magistrado disidente anota en el salvamento de voto que en el curso de la ejecución "no se halló ni se entregó al secuestre la copia de la escritura pública Nº 871, de 2 de julio de 1951, en que constaba el crédito rematado y que debió serle expedida al acreedor ejecutado Mejía Escobar; que el Juez, rematador, al aprobar la subasta no dio a este señor orden de entregar esa copia del título al rematante Vélez; que éste, desprovisto del título del crédito rematado, resolvió presentarse ante el mismo Juez que llevó a cabo la licitación de ese crédito a pedirle que le ordenara al Notario Segundo de Armenia expedir otra copia de la escritura dicha, y finalmente que ese funcionario ordenó expedir la copia solicitada, previa citación del señor Ricardo Angel Londoño y no del señor José Manuel Toro. La copia así expedida es precisamente la que adujo el señor Vélez y obra en este juicio como título ejecutivo contra el nombrado señor Angel Londoño, junto con el acta de remate del crédito y de la escritura Nº 344, por la cual éste ejecutado se obligó a pagar ese crédito".

Afirma el salvamento en mención que no se podía ordenar la expedición de la copia porque no se estaba en ninguno de los tres supuestos previstos por el artículo 2603 del C. Civil, entre otras razones porque la citada norma atribuye la competencia para ese evento al Juez del Circuito en que el instrumento fue otorgado, competencia, dice, de carácter privativo e improrrogable, a pesar de no figurar enunciada en el artículo 153 del C. Judicial. Y concluye que la copia de la escritura 871, expedida en la forma dicha "carece de mérito ejecutivo por haber sido expedida en forma irregular, o sea sin los requisitos que la ley señala para darle autenticidad y valor probatorio".

3º. El litigio

Enunciando los antecedentes relatados, Ricardo Angel Londoño promovió el presente juicio ordinario contra Tomás Vélez Marulanda "para que, por los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, en el cual sean revisados el procedimiento y los fallos de primer y segunda instancia proferidos el 15 de marzo de 1957 y el 9 de agosto de 1958 por el Juzgado Civil del Circuito de Armenia y el H. Tribunal de Pereira, en el juicio ejecutivo que con acción personal adelantó el señor Tomás Vélez Marulanda contra mi mandante el señor Ricardo Angel Londoño, mayor y vecino de Bogotá, a fin de que se declare en sentencia que cause ejecutoria, la nulidad de estas sentencias.

"a) Que mi mandante Ricardo Angel Londoño, constreñido por la justicia pagó válidamente el valor de la hipoteca que pesaba sobre su finca "El Diamante", al señor Efraín Jaramillo, cesionario de ese crédito real, y que constreñido por las sentencias del Juzgado del Circuito de Armenia y del H. Tribunal de Pereira pagó también al señor Tomás Vélez Marulanda la suma de ($ 51.135.00) cincuenta y un mil ciento treinta y cinco pesos, la cual no debía ni legal ni moralmente.

"b) Que en consecuencia de la declaración anterior, el demandado señor Tomás Vélez Marulanda, está en la obligación de devolver o restituir a mi mandante, la suma de dinero mencionada en el punto anterior, con sus intereses legales desde el momento en que se verificó el pago indebido hasta el día en que se verifique la restitución, señalando día y hora para ella.

"c) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, el demandado señor Tomás Vélez Marulanda está en la obligación de indemnizar a mi mandante los perjuicios que le fueron ocasionados con el juicio ejecutivo que le sirvió de medio al señor Vélez Marulanda para cobrar la suma, materia de esta demanda.

"d) Que se condene en costas al señor Tomás Vélez Marulanda si se opone".

La sentencia de primera instancia tuvo por incompatibles las solicitudes del libelo, en cuanto no ve posible que pueda pedirse la revisión de una sentencia y, de otra parte, que se declare la nulidad de la misma, y, en consecuencia, declaró inhibición de conocimiento.

Al conocer de la apelación de la mencionada sentencia, el Tribunal, después de hacer la diferencia entre "la acción de revisión de una sentencia y la nulidad de la misma" por defectos de procedimiento y de ambas con el recurso extraordinario de revisión,

procedió a estudiar si realmente existe en el caso del litigio la incompatibilidad anotada por el juzgador de primer grado y concluyó interpretando que lo impetrado por el demandante era la revisión del juicio ejecutivo de Tomás Vélez Marulanda contra Ricardo Angel Londoño y, después de consideraciones sobre el particular, expone:

"En la primera de las peticiones solicita la parte demandante que se declare que Ricardo Angel Londoño, constreñido por la justicia, pagó válidamente el valor de la hipoteca que pesada sobre la finca "El Diamante" al señor Efraín Jaramillo, cesionario de ese crédito real, y que constreñido por las sentencias del Juzgado Civil del Circuito de Armenia y del H. Tribunal de Pereira pagó también al señor Tomás Vélez Marulanda la suma de $ 51.135.00, la cual no debía ni legal ni moralmente.

"Ya se dijo que el doctor..., conoció del recurso de apelación propuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 15 de marzo de 1957 proferida por el señor Juez Civil del Circuito de Armenia que declaró no probadas las excepciones alegadas por dicha parte demandante en el juicio ejecutivo de Tomás Vélez Marulanda contra Ricardo Angel Londoño. El Tribunal, en sentencia de fecha 9 de agosto de 1958, confirmó la providencia recurrida con salvamento de voto del doctor... ante esa situación, el juicio ejecutivo debía seguir su curso hasta la subasta de los bienes embargados y la aprobación de la diligencia de remate respectiva. El deudor Ricardo Angel Londoño no esperó esa situación y consignó el valor que arrojó la liquidación del juicio, previa autorización que le dio el Juzgado en auto de fecha 28 de octubre de 1958.

"De lo anterior no puede deducirse que el pago verificado por el deudor Ricardo Angel Londoño en favor del ejecutante Tomás Vélez Marulanda sea ilegal. Ese pago es perfectamente válido porque fue ordenado por autoridad competente y mediante las ritualidades propias del juicio.

"El señor Tomás Vélez Marulanda llegó a ser dueño del crédito contenido en la escritura Nº 871 de 2 de julio de 1951, de la Notaría Segunda de Armenia, en virtud de adjudicación que del mismo se le hizo en el juicio ejecutivo que en el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá adelantó contra el señor Hernando Mejía Escobar, remate que se llevó a cabo el 4 de marzo de 1954. Dentro de ese juicio se pidió y el Juzgado decretó el embargo de dicho crédito con la consiguiente notificación al deudor Angel Londoño para que se abstuviera de pagarlo. Esta notificación tuvo lugar el día 13 de abril de 1953 y en ella el señor Angel Londoño firmó "manifestando que en verdad debe tal crédito de cuyo pago al señor Mejía Escobar se abstendrá hasta nueva orden de este Juzgado". El crédito hipotecario contenido en la escritura Nº 871 de 2 de julio de 1951, de la Notaría Segunda de Armenia, aparece cedido por el señor Hernando Mejía Escobar en favor del señor Efraín Jaramillo Uribe el 13 de enero de 1952, pero esa cesión sólo se notificó al deudor Ricardo Angel Londoño en el mes de agosto de 1955. La cesión de un crédito no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no haya sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste (artículo 1960 del C. Civil). Conforme a esta disposición, la cesión hecha por el señor Hernando Mejía Escobar en favor del señor Efraín Jaramillo Uribe sólo surte efectos desde el mes de agosto de 1955, fecha en que se le hizo tal notificación al deudor. En esta fecha el crédito mencionado se encontraba embargado en el juicio ejecutivo de Tomás Vélez Marulanda contra Hernando Mejía Escobar y ese embargo surtía todos sus efectos porque el embargo había sido notificado al deudor Ricardo Angel Londoño. Así lo prescriben los artículos 277 y 1.009 del C. Judicial. Esta última disposición ordena que se prevenga al deudor que se entienda con el secuestre, a quien se le hace la entrega del título, si puede ser habido. Lo razonable y lógico es que se hagan todas las diligencias posibles para que se notifique al acreedor-demandado el embargo del crédito para que haga entrega del título porque es necesario saber en qué condiciones se halla ese título, es decir, si tiene abonos, si realmente se encuentra en poder del acreedor-demandado o éste lo ha cedido en debida forma. El hecho de que no se encuentre el acreedor para los fines indicados, no quiere decir que el embargo del cré-

dito no está perfecto con la notificación al deudor del embargo que se ha hecho del crédito.

"Para una mayor claridad de lo que acaba de afirmar el Tribunal, es conveniente distinguir entre el embargo y secuestro de bienes inmuebles y entre el embargo y secuestro de los bienes muebles. El embargo de inmuebles surte todos sus efectos con la inscripción del mismo en la Oficina de Registro de II. PP. del lugar donde se halle ubicado dicho inmueble. El secuestro de los mismos sigue las normas generales sobre la materia. En el embargo de los bienes muebles no ocurre lo mismo porque esta medida no surte efecto mientras no se lleve a cabo el secuestro, pues el embargo se confunde propiamente con el secuestro y mientras no se verifique éste puede decirse que no hay embargo. (G. J. T. LIV, 95). Si el demandante se contenta únicamente con el decreto de embargo de bienes muebles, deja al deudor en condiciones de enajenar la cosa que es objeto de embargo, con mayor razón si se tiene en cuenta que la venta de los bienes muebles se reputa perfecta con la mera entrega. Por esta razón el artículo 274 del C. Judicial habla del 'embargo y secuestro de bienes muebles' o 'el mero embargo de inmuebles del demandado'.

"Como se dijo antes, Ricardo Angel Londoño recibió notificación judicial del embargo del crédito que debía a Hernando Mejía Escobar el 13 de abril de 1953 dentro del juicio ejecutivo que contra éste adelantaba el señor Tomás Vélez Marulanda en el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá; y recibió notificación de la cesión del mismo crédito por parte del cesionario señor Efraín Jaramillo Uribe, en el mes de agosto de 1955, es decir, que cuando verificó el pago al señor Jaramillo Uribe ya había sido notificado del embargo de ese crédito por parte del señor Tomás Vélez Marulanda. Un pago hecho en esa forma necesariamente acarrea las consecuencias del ordinal 2º del artículo 1636 del C. Civil".

La impugnación

Los dos cargos que la demanda hace a la sentencia del Tribunal, ambos con fundamento en la causal 1ª del artículo 520 del C. Judicial, el primero "por falta de aplicación, o aplicación indebida de los artículos 2602 y 2603 del C. Civil" y, el segundo, "por violación directa del artículo 1960 del C.C. por indebida aplicación del artículo 1963 ibídem por no haberlo aplicado. Toda vez que, el fallo hizo aplicación indebida del artículo 1960 del C. C., que era inapelable, fundándose en los artículos 277 y 1009 del C. J.", reparos de similar contenido, pueden sintetizarse del siguiente modo:

a) La segunda copia de la escritura 871 de 2 de julio de 1951 expedida a Tomás Vélez Marulanda por el Notario 2º de Armenia, en virtud de orden emanada del Juez Civil de Calarcá, fue extendida sin satisfacer las formalidades legales previstas por los artículos 2602 y 2603 del C.C., entre las cuales cuenta por modo principal la competencia a que se refiere el artículo 2602 del mismo código, competencia que no tenía el Juez de Calarcá, sino el de Armenia; y, de otra parte, la copia debe expedirse con citación de la parte contraria ("tiene que ser la figurante en el instrumento"), para el caso Hernando Mejía Echeverry y José Manuel Toro.

b) El procedimiento para obtener la copia a que se refieren las normas civiles citadas, es un verdadero juicio controvertido entre las partes, no trabado por terceros y de privativa competencia del Juez del Circuito donde se corrió el instrumento, es decir el de Armenia (C).

c) La segunda copia de la escritura 871, expedida "por el condigno Notario, contra legem y no secundum legem, según lo relatado. sin el lleno de las formalidades consignadas en el C. C., no era título ejecutivo suficiente para sustentar el juicio de apremio incoado por Tomás Vélez Marulanda, contra don Ricardo Angel Londoño, quien, por otra parte, había pagado el crédito y conseguido las cancelaciones de condiciones resolutorias y gravámenes", al aplicar el sentenciador —dice el recurso—, los artículos 277 y 1009 del C. J., en relación con el 1960 del C. Civil, los quebrantó, porque no son aplicables al caso del litigio.

d) Para sustentar el reparo por "violación directa del artículo 1960 del C.C. por indebida aplicación, y del artículo 1963 ibídem, por no haberlo aplicado", asevera el recurrente que el Tribunal partió de la base

equivocada "conforme a la cual, el crédito hipotecario contenido en la escritura Nº 871 del año de 1951, corrida en la Notaría de Pereira (sic), había sido embargado, legalmente, en cabeza del deudor, en 1953, dentro del ejecutivo del señor Tomás Vélez Marulanda contra el señor Hernando Mejía Escobar; mientras la cesión hecha por el acreedor hipotecario —el último nombrado— en favor del cesionario, señor Efraín Jaramillo Uribe, únicamente fue notificada al subrogatario deudor don Ricardo Angel Londoño, en el mes de agosto de 1955. Con este supuesto respaldo, el sentenciador dio aplicación al artículo 1960 del C.C., en forma indebida, al paso que omitió aplicar el artículo 1963 del mismo cuerpo legal, juntamente, con los artículos 277 y 1009 del C. J., por errónea interpretación de éstos, a su través entre otros de carácter sustantivo".

No le parece al recurrente de valor ninguno el argumento del Tribunal, al afirmar que cuando Angel Londoño en 8 de agosto de 1955, terminó por pago efectivo el juicio especial hipotecario seguido contra él en el Juzgado Décimo de Bogotá por Efraín Jaramillo Uribe, lo hizo a sabiendas de existir el embargo de dicho crédito a favor de Vélez Marulanda, según fue notificado el 13 de abril de 1953, y expone su entendimiento del asunto, en estos términos:

"Al decir, repito, el fallador de segundo rango, en la sentencia que estoy acusando, estar embargado este crédito, a cargo del demandante, como fundamento absolutorio del demandado, el Tribunal estaba sembrado en el primer estado de la mente, y allí quedó plantado el fallo, objeto de la presente impugnación. En efecto: Confundió, lamentablemente, el embargo de inmuebles, con el embargo de bienes muebles. Los créditos clasifican en la postrera categoría, o especie. Y la medida denominada: embargo de muebles, solamente, queda cumplida, perfecta, consumada, por medio del secuestro de los mismos, sean cuales fueren".

".....

"No habiéndose perfeccionado el embargo del crédito, por medio del necesario complemento de su secuestro, dado que la noticia cumplida en abril de 1953, respecto del deudor Ricardo Angel Londoño, no implicaba embargo legal, el pago total hecho al cesionario en agosto de 1955, por ante el Juzgado 10º del Circuito de Bogotá, fue liberatorio de la obligación contraída, a términos de la escritura Nº 344 de 1951, cursada en la Notaría de la Dorada, y de la obligación a cargo de José Manuel Toro Echeverry, contraída por éste en pro de Hernando Mejía E., por la escritura Nº 871 de julio de idéntico año, extendida en la Notaría 2ª de Armenia. Por consiguiente, cuando no había causa legal, por lo dicho, el pago que se le obligó a efectuar en beneficio del señor Tomás Vélez Marulanda, dentro de su ejecutivo, tramitado ante el Juzgado del Circuito Civil de Armenia, con mi mandante como opositor, resultó injusto, ilegal, pues, impuso pagar dos veces la idéntica obligación. Así debió declararlo, el sentenciador, según los demandados pronunciamientos. No lo hizo, quebrando la ley sustancial y, por ello, procede la información del fallo acusado.

"El artículo 274 del C. de P. C., en voces indudables, exige peticionar el 'embargo y secuestro de bienes muebles'. Las voces: embargo, secuestro, denuncian dos extremos unidos por la preposición copulativa "Y". No es bastante el primer término para operar, sino que requiere del segundo. No así, en lo concerniente a raíces, restringido al "mero embargo de inmuebles'. Si lo embargado es un crédito, el embargo, aun cuando el crédito, materialmente, haya sido secuestrado y colocado en manos del depositario, para poder considerar perfeccionado el dicho embargo, con todo y eso, ha menester de la notificación al deudor, como tercer movimiento, para que sea legal, según previsión imperativa del artículo 277 ibídem. En el caso ventilado, se ha visto, faltó secuestrar materialmente, la escritura contentiva de la obligación, y ponerla en manos del secuestre. Lo que implica la negación rotunda de su embargo. No se trata de una exigencia intrascendente, sino de formalidad esencial, cuya inobservancia encuéntrase preñada de nocivos efectos; porque el depositario judicial, está obligado a 'retener, cuidar, conservar y entregar, previa orden de autoridad competente la cosa o efecto secuestrados' (casación del 31 de agosto de 1940), y no podrá cumplir estos deberes esenciales, desde cuando, no le fueron entre-

gados los bienes muebles, por el Juez. El artículo 1029 del C. J., previene: 'Una vez practicadas las diligencias de **embargo, secuestro y avalúo**, si no se han presentado excepciones, o si las propuestas no prosperaron, el Juez cita para sentencia de pregón y remate'. Precisa otra vez, haberse practicado: **embargo y secuestro.** Restringido a **bienes muebles**, pues, se ha visto no requerirse el **secuestro**, acerca de inmuebles según el artículo 1015 ib. En conformidad al artículo 1009, mismo cuerpo legal, si lo embargado es un crédito', **se previene** al respectivo obligado que se entienda con el secuestre, a quien se le entrega el título, si puede ser habido'. No siéndolo, se ha de entender que no existe ningún embargo, por falta del secuestro. Por estar vedado al Juez citar para sentencia de pregón y remate, entre tanto no se hayan verificado las diligencias de embargo, y secuestro y avalúo, artículo 1029 ib.".

Sostiene asimismo el recurrente que el fallo desconoce la validez del pago efectuado por Ricardo Angel Londoño ante el Juez Décimo del Circuito de Bogotá a Efraín Jaramillo Uribe, cesionario de Hernando Mejía Escobar y que, por ese desconocimiento, quebrantó el artículo 1634 del C. Civil, "porque pagó al acreedor de origen, en el sucesor legítimo, no discutido, de su derecho de crédito, a título de cesionario legal".

La Corte considera

a) Algunos juicios contenciosos especiales pueden someterse a la acción de revisión por la vía ordinaria, por expresa autorización de la ley. Dentro de esta posibilidad figuran la sentencia de excepciones y la de pregón y remate según lo preceptúa el artículo 1030 del C. Judicial. En el procedimiento de revisión por la vía ordinaria se busca obtener una sentencia de contenido distinto al del fallo sujeto al procedimiento de revisión si se logra demostrar que hubo equivocación o desacierto en la apreciación en las cuestiones de hecho o de derecho planteadas en la acción que se revisa. Así que revisar en juicio ordinario la sentencia de excepciones y la de pregón y remate, es abrir la posibilidad de reexaminar su contenido y cada uno de los fundamentos que sirvieron para dictarlas, a fin de saber si se cumplieron las exigencias legales respectivas, y si son fundadas las sentencias en trance de revisión. Sin embargo, jurídicamente el litigio de revisión sólo puede tener por objeto la sujeta materia del juicio, sin que sea posible confundir esta especie de revisión con la nulidad de lo actuado en el juicio que se revisa, comoquiera que la nulidad tiene su origen en vicios del procedimiento, en tanto que la revisión suscita el estudio de los hechos y del derecho. De allí que en un juicio de revisión no pueden invocarse nulidades en que se hubiera incurrido en el juicio revisado.

b) No podría entonces ser materia del proceso de revisión el aspecto de la competencia del Juez del conocimiento del juicio sometido a la acción de revisión, bien porque en principio las nulidades quedan saneadas por la ejecutoria de la sentencia pronunciada en el litigio afectado de nulidad, ya porque las que pueden pedirse por la vía ordinaria, en los casos previstos por la ley, constituyen la materia propia del juicio respectivo, sin ser posible el tratamiento de distintas cuestiones. De modo que no sería legalmente pertinente dentro de un juicio de revisión como el presente, discutir la competencia del Juez que ordenó la expedición de la segunda copia de la escritura 871, ni aún la del juicio ejecutivo presentando como argumento la falta de competencia del Juez que la decretó, porque el Notario que debía cumplir esa orden no está dentro de la comprensión de la competencia territorial de aquél. Mas, si se creyera que por el aspecto dicho podría llegarse a sostener la invalidez del título que sirvió de recaudo al procedimiento ejecutivo que se revisa, es conveniente no perder de vista que Ricardo Angel Londoño fue citado en el procedimiento a que se refiere el artículo 2603 del C. Civil que el recurrente estima violado por el Tribunal, y entonces no opuso defensa alguna, dejando pasar la oportunidad de alegar la incompetencia del Juez de Calarcá, aducida en el juicio ejecutivo como excepción y en el recurso como base para asentar el cargo de violación del artículo 2603 del C. C. por no haberlo aplicado, olvidando por otra parte, que la competencia territorial o relativa es prorrogable por el

solo silencio de la parte a quien la ley le dio el derecho de alegarla.

c) No podría entenderse, como lo afirma el recurso, que la competencia del Juez para ordenar la expedición de copias a que se refiere el artículo 2602 del C. Civil, pudiera condicionarse y circunscribirse al territorio del Notario que ha de expedirlas. Cuando la norma alude al "Juez o Prefecto del respectivo Circuito o territorio" menciona al Juez que conoce del procedimiento adelantado para expedirlas.

d) Cuando se trata de bienes corporales muebles, generalmente el embargo se confunde con el secuestro. Practicado éste se entiende perfeccionado aquél porque pone los bienes secuestrados fuera del comercio. De allí que cuando el recurrente afirma que "la medida denominada: embargo de muebles, solamente queda cumplida, perfecta, consumada, por medio del secuestro de los mismos, sean cuales fueren", abarca y confunde los bienes muebles incorporales con los muebles corporales.

e) Como se dijo antes, Tomás Vélez Marulanda ejecutó a Hernando Mejía Escobar y en esa ejecución le embargó el crédito contra José Manuel Toro Echeverry, de cuyo pago se había hecho cargo Ricardo Angel Londoño, a quien se le notificó el embargo el 13 de abril de 1953, y en ese mismo juicio el ejecutante Vélez Marulanda remató el crédito mencionado en diligencia de cuatro de marzo de 1954.

Vélez Marulanda se hizo, por consiguiente, dueño del crédito hipotecario en referencia, en virtud del remate de que se ha hecho mérito y podía perseguir su pago porque le pertenecía. Así lo hizo mediante la acción ejecutiva que inició luego contra Angel Londoño, con base en la copia del acta de remate del crédito y de la escritura en que, el nombrado Angel Londoño, se hizo cargo de su pago.

f) Por otro lado, Efraín Jaramillo, a quien Hernando Mejía Escobar había cedido el mismo crédito, demandó en agosto de 1955, en acción hipotecaria, a Ricardo Angel Londoño, para su pago.

Es de advertir que esa cesión de Mejía Escobar a Jaramillo, no vino a notificarse a Angel Londoño sino en el mes de agosto de 1955, y que este juicio hipotecario terminó por transacción de las partes a los 19 días de iniciado.

El actual demandante señor Angel Londoño pretende, mediante la acción ordinaria de que ahora se trata, que se declare que Tomás Vélez Marulanda está en la obligación de devolverle o restituirle la suma de dinero, con sus intereses, que le pagó en razón de la acción ejecutiva que Vélez Marulanda le adelantó como titular del crédito que había rematado en la ejecución contra Hernando Mejía Escobar.

Considera Angel Londoño que el pago hecho por éste a Efraín Jaramillo fue válido, y que como pagó también el mismo crédito a Tomás Vélez Marulanda, constreñido por la justicia, Vélez Marulanda debe ser condenado a la restitución del valor correspondiente.

Pero, preciso es tener en cuenta que el crédito en mención estaba embargado en favor de Vélez Marulanda cuando Angel Londoño obtuvo su cancelación de Efraín Jaramillo, porque el 13 de abril de 1953, Angel Londoño había recibido judicialmente de la notificación de aquel embargo.

En tales condiciones, esta operación entre Angel Londoño y Efraín Jaramillo, mal pudo extinguir el crédito de Vélez Marulanda, y, por lo tanto, en nada podía afectar la validez del pago que del mismo crédito tuvo que hacer luego Angel Londoño a Vélez Marulanda, de conformidad con el Art. 1634 del C. Civil.

En consecuencia, no erró el Tribunal al no ordenar la revisión del juicio ejecutivo de Tomás Vélez Marulanda contra Ricardo Angel Londoño.

No prosperan, pues, los cargos formulados contra la sentencia recurrida.

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 Pereira, de fecha 19 de junio de 1963, proferida en el juicio ordinario propuesto por Ricardo Angel Londoño contra Tomás Vélez Marulanda.

Sin costas en casación por no haberse causado.

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

Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada, Guillermo Ospina Fernández, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

VENTA DE COSA AJENA

Alcance de la validez del contrato e inoponibilidad. — Carencia de acción. — No es en rigor de verdad una excepción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., diciembre siete de mil novecientos sesenta y cinco.
(Magistrado Ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán).

1º Aduciendo la escritura número 177 de 13 de octubre de 1955, de la Notaría 3ª de Barranquilla, Eloísa Isabel Held Granados inició juicio ordinario de reivindicación contra Adriana Esther de la Rosa de Martínez, que los falladores de instancia resolvieron favorablemente a la demandante, por encontrar probadas las condiciones de la pretensión propuesta.

Al título de la actora opuso la demandada la escritura número 2568 de octubre 18 de 1958, de la misma Notaría, según la cual ésta adquirió de Carlos Julio Martínez Niño, "el derecho de propiedad, posesión y dominio, que tiene el compareciente sobre el inmueble que a continuación se individualiza" y que coincide con el reclamado por la reivindicante.

Los falladores de instancia desestimaron este título por ser posterior al de la demandante y por estar inscrito en el Libro Nº 2 de Registro y no en el Libro Nº 1, y, además ordenaron cancelarlo de conformidad con lo pedido en la demanda.

2º El fallo de primera instancia que el Tribunal confirmó con la sola variación de declarar la buena fe de la poseedora, que el Juzgado desconoció, reconoce en la demandante la calidad de propietaria del inmueble y ordenó la restitución; decretó la cancelación de la escritura 2568 en la Notaría Tercera de Barranquilla y en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; dispuso la inscripción de la sentencia y condenó en costas a la parte vencida.

3º Dijo el sentenciador de segundo grado: "Enfrentados pues los dos títulos exhibidos, el del demandante y el la reo, se viene en conocimiento que el de la primera es legítimo amparado en una tradición inscrita superior a veinte años, en tanto que el de la segunda no presta mérito probatorio por falta de registro en legal forma, aparte de que en el supuesto de que la inscripción hiciera fe, el título es inválido por provenir de venta de cosa ajena; que el demandante ostenta un título de dominio que prevalece sobre el de la demandada, con una historia sobre su registro que comprende un período mayor que el de la posesión de ésta; que la señora Held Granados es dueña exclusiva del bien que se pretende recobrar por medio de este juicio, o sea que le pertenece a ella únicamente como cosa singular, sin que a ello empece el título que exhibe la reo como dueña, pues quien le transfirió la finca, señor Martínez Niño, no tenía ningún derecho sobre ella, habiendo procedido únicamente como vendedor de cosa ajena. Consecuentemente cumple cancelar esa escritura.

"Por todas estas consideraciones procede descartar persona alguna como condueño de la finca, quedando sólo demostrado que la actora tiene la propiedad exclusiva, plena y absoluta de la cosa, y, por ende, sin efecto tanto la excepción perentoria alegada al respecto como la de haberse dirigido la acción contra persona distinta de la obligada".

De esta sentencia interpuso recurso de casación la parte demandada, vencida en las dos instancias.

4ª La demanda de casación impugna la sentencia a través de varios cargos y, a pesar de su notoria deficiencia y descuidada presentación, acierta al hacerlo por viola-

ción del artículo 1934 del C. Civil, "pues solo la nulidad o falsificación es motivo para dejar sin validez una escritura pública de venta en que se expresa haberse pagado el precio". Se refiere el recurrente a la orden de cancelar la escritura número 2568 por la que Carlos Martínez Niño vendió a la demandada Adriana Esther de la Rosa de Martínez el inmueble objeto de la reivindicación.

5º Considera la Corte que la demandante es tercero en relación con el contrato de compraventa celebrado entre Martínez Niño y la demandada. En esa virtud la escritura número 2568 en que ésta se ampara, por no estar registrada en el libro correspondiente, no presta fe y no puede oponerse a la actora (C. C. 2634 y 2674). Esta sola razón, que no desconoció el Tribunal, era suficiente para pronunciamiento favorable a las pretensiones de la demanda, si, como ocurre en autos, la réplica no negó ninguna de las otras condiciones de la acción de reivindicación, sino solamente la titularidad de la actora, que permanece en pie por la influencia del medio defensivo, inoponible a la verdadera dueña, sin que por esto pueda desconocerse, como lo hizo el Tribunal, el alcance y efecto que el contrato contenido en la escritura 2568 pueda tener entre las partes que otorgaron la mencionada escritura, según se desprende del artículo 1857 del C. Civil.

En consecuencia, no se podía, sin embargo de haberlo suplicado la demanda, ordenar la cancelación de la escritura presentada por la opositora, por no ser la cancelación consecuencia de la acción reivindicatoria deducida en este proceso, y porque solo podría hacerse como secuela de un juicio en que con presencia de quienes intervinieron en el negocio jurídico, se discutiera la validez del contrato que recoge la escritura 2568.

6º La falta de propiedad en el vendedor no obsta para que el contrato de compraventa sea justo título, pudiendo el comprador adquirirla por medio de la usucapión ordinaria (Art. 1871 C. C.). La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extinga por el tiempo. La tesis del fallador de instancia de que la venta de cosa ajena es "título inválido", conduciría a suprimir la prescripción ordinaria y no quedaría sino la extraordinaria que no tiene otro título que la ley. El contrato de compraventa en la legislación colombiana sólo es fuente de obligaciones personales y no es necesaria la calidad de dueño en quien se obliga para que el título sea justo. Solo que si el título no es adquirido del verdadero dueño, no es oponible a quien sí ostenta esa calidad. El verdadero dueño de la cosa vendida conserva en su patrimonio el derecho de propiedad sobre ella y las acciones que lo amparan, mientras no se extingan por el tiempo.

Al ordenar la cancelación de la escritura 2568, no importa la falta de adecuado registro, el Tribunal incurrió en el error apuntado en la demanda de casación, lo que determina la infirmación de la sentencia recurrida, previas las consideraciones siguientes:

a) En la contestación a la demanda se propuso la "excepción perentoria de no existencia por parte de la demandante Eloísa Held Granados, del derecho a reivindicar, por carencia de la propiedad plena o absoluta, de que trata el Art. 950 del C. Civil y por haberse dirigido a persona distinta de la obligada, según las normas establecidas por las leyes que regulan tales acciones".

Se repitió en la segunda instancia y se insistió en casación, que como el Juez en la sentencia de primer grado no aludió a esos medios defensivos y el Tribunal sí se refirió a ellos, "éste agravó la situación jurídica de la parte demandada" y aquél "pretermitió tramitar y fallar las excepciones perentorias propuestas, sobre inexistencia del derecho a reivindicar por parte de la actora".

Para dilucidar esta cuestión, tan traída y llevada en el juicio, es pertinente recordar que la llamada "carencia de acción", no es propiamente una excepción, sino la negación misma del derecho afirmado por el actor. De modo que al reconocer la titularidad en la demandante, el juzgador afirmó la existencia de la acción al tiempo que falló el supuesto contrario.

b) En el trámite de las instancias, pretendió defenderse la demandada, alegando que el contrato a que se refiere la escritura

pública número 1777 de 13 de octubre de 1955, por ser un negocio de venta con pacto de retroventa, es simulado; que la operación realizada no fue de transferencia de la propiedad, sino de mutuo, debiendo prevalecer el contrato oculto, defensa que no se demostró.

c) El título presentado por la demandada abona su buena fe.

d) Las condiciones de la acción reivindicatoria están acreditadas y completos los presupuestos procesales.

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, CASA la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, de fecha 25 de enero de 1964 y, como juzgador de instancia, REVOCA la del Juzgado Cuarto Civil de dicha ciudad de fecha 14 de mayo de 1963, y en su lugar,

Falla

1º Declárase que Eloísa Isabel Held Granados es propietaria del siguiente inmueble: Una casa de mampostería y techo de tejas, de cemento, con todas sus mejoras, anexidades, dependencias, marcada en su puerta de entrada con el número 39-44, junto con el solar que la contiene, situado en la ciudad de Barranquilla, en la acera oriental de la calle cuarenta (40), entre las carreras treinta y nueve (39) y cuarenta (40), que mide y linda: Por el norte, veintiséis metros (26 ms.) y linda con predio que es o fue de la Compañía Sindical Noguera Limitada; por el sur, veintiésis (26) metros con predio que es o fue de Cayetano Volpe y de Isaías Jiménez; por el este, once (11) metros, cincuenta (50) centímetros, con predio de herederos de Leopoldo Corredor; y por el oeste, mide nueve (9) metros, cincuenta (50) centímetros, linda con la calle cuarenta (40), haciendo frente a predios que fueron de Luis Mazzseo y herederos de Humberto Paccini.

2º Condénase a la demandada Adriana Esther de la Rosa de Martínez a entregar materialmente a Eloísa Isabel Held Granados, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del auto de obedecimiento de este fallo, el inmueble especificado en el punto anterior.

3º Condénase a la demandada a pagar a la demandante los frutos naturales y civiles a partir de la fecha de la notificación de la demanda, los que se regularán de acuerdo con el artículo 553 del C. J.

4º Ordénase la inscripción de esta sentencia en el libro respectivo de la Oficina de Registro de esa ciudad;

5º Costas de las instancias a cargo de la parte demandada y sin ellas en el presente recurso.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL

La circunstancia de que una presunta hija natural resultase responsable de la muerte violenta de su pretendido padre, no privaría a aquélla de la acción de filiación. — Qué es lo que se ventila en el recurso de casación. — En éste no cabe deducir cuestiones que fueron planteadas en las instancias. — Causal 6ª de casación. — No es dable alegarla cuando el respectivo motivo de nulidad procesal fue debatido y fallado en la instancia con denegatoria de la nulidad. — Quién puede válidamente alegar la nulidad por falta de citación o emplazamiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, siete de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco.
(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el representante de algunos de los demandados, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con fecha 16 de julio de 1962, en el juicio ordinario seguido por Rosa Elena Bulla de Peñuela contra la sucesión de Mariano Emeterio Rodríguez Trujillo y otra.

I

El litigio

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Fresno, Rosa Elena Bulla de Peñuela trajo a juicio ordinario a las varias personas que indicó como presuntos herederos de Mariano Emeterio Rodríguez Trujillo y de Pedro Antonio Rodríguez García y, en consecuencia, representantes de las sucesiones de tales causantes, para que con su audiencia se declarase que la actora es hija natural del nombrado Mariano Emeterio Rodríguez Trujillo y, por lo tanto, se ordenase que al margen de la partida de nacimiento de la misma se tome nota de su referida filiación.

Como la actora afirmase que algunos de los demandados, entre éstos la llamada **María Andrea Rodríguez García**, eran de vecindad y residencia desconocidas, fueron ellos citados por medio de edicto emplazatorio, según el artículo 317 del C. J.; y no habiendo comparecido María Andrea y otro de los demandados, se les nombró, con arreglo al mismo precepto, un curador **ad-litem**, quien, posesionado del cargo, entró a representarlos en el juicio.

El Juez del Circuito dictó fallo favorable al pedimento de la actora. En la segunda instancia, tramitada a virtud de apelación interpuesta por el referido curador **ad-litem** y otros de los demandados, el Tribunal Superior de Ibagué profirió la sentencia de fecha 16 de julio de 1962, por la cual se confirmó la del inferior.

Interpuesto contra este último pronunciamiento, por el mismo curador, el recurso de casación, se procede a su despacho.

II

El recurso extraordinario

El libelo de casación, que no fue oportunamente contestado por el mandatario de la demandante, alega, fundándose en el sexto de los motivos del artículo 520 del Código Judicial, que "en el presente juicio ordinario se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en la regla 3ª del artículo 448 del mismo C. Judicial, consistente en 'la falta de citación o emplazamiento en la for-

ma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio'."

Y, concretando el reparo, dice que es ostensible el hecho de que, entre los demandados citados como personas de vecindad desconocida, se incluyó a María Andrea Rodríguez, a quien se le nombró curador ad-litem; pero que llegó un momento en que éste descubrió que su representada "padece de idiotez" y, por lo tanto, está incapacitada para cualquier acto de la vida civil; y que ello está demostrado con el dictamen de los médicos Lelio Pardo y Juan de la Cruz Cañas (C. 2, Fl. 16), el que se solicitó con citación de la demandante y del Agente del Ministerio Público y no fue objetado.

Dando, pues, por establecida la incapacidad absoluta de María Andrea, sostiene el impugnante que sin comprobar la falta de ambos padres de la incapaz no podía dársele guardador según el artículo 438 del C. Civ.; que ella ha debido ser citada al juicio en la persona de su representante legal en conformidad con el artículo 240 del C. J., y cuando menos en la persona de un curador interino designado como lo previene el artículo 461 del C. Civ., pero no emplazada para dársele un curador ad-litem, como se hizo por el Juez. Es decir que, según la argumentación del recurrente, la demandada María Andrea estuvo mal emplazada y, en consecuencia, indebidamente representada, lo cual induce nulidad del proceso, insubsanable, y funda así la causal sexta de casación.

Finalmente, agrega el acusador que la nulidad alegada lleva en sí la excepción perentoria temporal de petición de un modo indebido, que hubiera debido reconocerse ante la existencia de serios motivos para investigaciones en lo penal acerca de la muerte violenta de Emeterio Rodríguez Trujillo, en relación con la cual, el recurrente, a juzgar por los apartes que transcribe de dos declaraciones aducidas dentro del juicio, parece mostrar a Rosa Elena Bulla de Peñuela como coautora intelectual o coinstigadora de esa muerte, lo que en su concepto impondría la aplicación del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal.

Con esta misma finalidad, se ha enviado a la Corte, a última hora, desde Fresno, por quien no es abogado inscrito, una declaración de nudo hecho, rendida ante el Juez Civil de aquel Circuito por una de las personas demandadas en este juicio.

Consideraciones de la Corte

1. La cuestión previa. Por sabido se tiene que lo que se ventila en el recurso de casación no es el litigio mismo, lo cual haría del recurso una tercera instancia no consagrada por la ley, sino que lo enjuiciado aquí es la sentencia del Tribunal en sí misma considerada, a efecto de que por la Corte se decida, dentro de los precisos límites de los cargos formulados, si la sentencia se conforma, sí o no, con la ley sustancial en lo decisorio o con determinadas garantías de orden público en lo procesal (Arts. 520 C. J., y 52 D. 528 de 1964).

2. En razón de lo dicho, no cabe deducir en el plano del recurso extraordinario, cuestiones o incidentes que no fueron planteados en la instancia, como tampoco aducir pruebas, todo lo cual daría margen a juzgar de la sentencia ante situaciones que el Tribunal no fue llamado a resolver.

3. Así, pues, si el recurrente opina que en este negocio era el caso de dar aplicación al artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, frente a las dos declaraciones que él cita cual si señalase a la demandante como intelectualmente responsable de la muerte violenta de su declarado padre natural, debió suscitar la cuestión ante los jueces de instancia, pero no traerla por primera vez ante la Corte, como argumento para que se infirme el fallo recurrido, por fuera de las condiciones del recurso, ya que la única causal que en el presente se invoca es la sexta, que dice fundarse en la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de una de las personas llamadas al juicio.

4. De otro lado, obsérvese que la presente controversia versa únicamente sobre la petición de ser la actora hija natural del finado Mariano Emeterio Rodríguez Trujillo. Y si el ser una persona el padre o madre de otra es un hecho biológico, irreversible en el orden de la naturaleza, y si todo hijo no legítimo, cualquiera que sea su condición, cuya filiación paterna no se encuentre establecida, tiene derecho para que ésta se indague y le sea declarada judicialmente (Ley 45 de 1936), es evidente que, en la especie

del litigio, nada podría contra la declaración de esa filiación impetrada por la demandante, la imputación criminal que se suscita, en la hipótesis de que la actora llegase a resultar convicta del reato en causa penal, de cuyo seguimiento no se aduce, por otra parte, prueba alguna en el presente negocio civil.

5. Por lo mismo, el Tribunal no tenía por qué suspender la decisión del litigio, pues de acuerdo con el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, esa suspensión sólo ha lugar cuando el fallo que corresponda dictar en el fuero criminal "pudiere influir en la solución de la controversia civil", que, como ya está visto, no es el caso de este juicio.

6. Lo que sí debió hacer el Tribunal fue dar noticia a la autoridad competente, para los fines investigativos pertinentes, de las declaraciones de María Telma Montero Rodríguez y Ana Quilia Mejía, acompañándole copia autorizada de las mismas, como lo previene la primera parte del artículo 11 citado; omisión a cuya subsanación atenderá la Corte, no sólo con respecto a las dos deposiciones últimamente citadas, sino con relación a la extrajudicial de María Filomena Rodríguez García de Ocampo, que se hizo llegar antiprocesalmente a la Corte. Toca, pues, a esta superioridad entrar en la consideración del cargo hecho en casación contra la sentencia misma cuya es su tarea, sin que pueda interferirla la cuestión que ha sido materia de este examen previo.

7. Estudio del cargo. Como ya se vio, se plantea la nulidad del juicio, por falta de citación o emplazamiento en forma legal de María Andrea Rodríguez, de quien se dice que por padecer de idiotez y ser, por lo tanto, incapaz, no podía ser emplazada sino en la persona de su representante legal, representante que según la censura lo sería su padre o madre y a falta de ambos un curador cuando menos interino, y no ad-litem.

8. Pero, tiénese que esta cuestión fue resuelta en la segunda instancia por el Tribunal. En efecto: como en la audiencia, el curador ad-litem de María Andrea, alegando la idiotez de ésta, hubiese solicitado que se decretase "la nulidad del juicio, por ilegitimidad de la personería", el Tribunal, primeramente, en proveído de 20 de marzo de 1962 declaró tal nulidad, con fundamento en el numeral 3º del artículo 448 del C. J. y por cuanto la dicha María Andrea "ha debido ser demandada, citada, como persona incapaz, demente, idiota, a quien ha debido dársele un curador en la forma prevenida por la ley adjetiva, y nunca emplazarla y citarla al juicio en calidad de persona ausente o de residencia desconocida, aplicando el Art. 317 del C. Judicial...". Pero, reclamada esta resolución por la parte actora, el Tribunal la repuso en providencia de 23 de abril del mismo año, que en lo pertinente reza:

"La otra observación hecha al auto reclamado, atinente a que no puede ser declarada la nulidad que estimó la sala demostrada por cuanto aquélla, Andrea Rodríguez examinada por los peritos médicos no fue identificada, como la persona demandada o la persona determinada en la demanda como de residencia desconocida, sí tiene la virtud de menguar la solidez de la providencia recurrida, por cuanto que, es obvio que el funcionario o juzgador procede ante los hechos que se le presentan escritos a todo lo largo de un litigio, con la base de la lealtad procesal que generalmente se guardan las partes contendientes. Pero, efectivamente, aquí, salta la sugerencia en las alegaciones del salvamento de voto y del reponente, de que la Andrea Rodríguez examinada por los médicos puede no ser la demandada, vale decir que ha podido acontecer una suplantación de persona, por cuanto evidente y realmente esa persona no fue identificada en forma alguna. Y es absolutamente cierto que los mismos médicos en su experticio sintético o breve, si los hay, dicen que: 'Examinamos a una mujer que se nos dijo corresponde a la citada Andrea Rodríguez...". Por manera que, ni aun se sabe quién dijo tal cosa a los galenos, ni quién la presentó a ellos como tal. Esta circunstancia de bulto, sí hace flaquear el auto recurrido y el concepto que tenía la Sala de que aquella examinada corresponde a la demandada, lo cual en realidad de verdad, por la flaqueza de la prueba no puede decirse plenamente demostrado: esta es una equivocación que la Sala no tiene ningún inconveniente en reconocer. Si hubo pues reconocimiento, no se sabe con certeza si

aquella mujer era o no la demandada en juicio como de residencia desconocida. Lo que, con un poco de actividad profesional de los interesados hubiera podido dilucidarse perfectamente dentro del juicio. Mas comoquiera que, en realidad tal prueba flaquea por ese aspecto, queda en pie el emplazamiento de la María Andrea Rodríguez señalada como de residencia desconocida, quien en tal calidad fue representada por curador ad-litem, en este proceso judicial.

"En consecuencia, estima la Sala que, por ese aspecto tiene razón el recurrente y por tanto no cabe decretar la nulidad que fue declarada por auto interlocutorio que ahora se revoca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley".

Vése, pues, que la materia de que se sustenta e informa el cargo en casación, ya fue ventilada dentro del juicio, con decisión denegatoria de la pretendida nulidad, decisión que es ley del proceso, sin que dentro de éste pueda el punto discutirse de nuevo.

9. A este respecto, la Corte en sentencia de casación, de fecha 27 de agosto de 1963, en el juicio de Marco A. Sierra G. y otros contra Enrique Zalamea Lleras, aun no publicada en la Gaceta Judicial. luego de contemplar las tres vías de solución que dentro del juicio brindan los artículos 455, 456 y 520 Or. 6º del C. J., frente al fenómeno de la nulidad procesal, dijo lo siguiente: "Siendo regla general la de que lo referente a las nulidades se discuta y decida dentro del mismo juicio donde surgieron. el pronunciamiento que sobre la existencia o inexistencia de una de las causales de nulidad haga el Juez en el curso del proceso a través de uno de los medios anteriormente anotados, tiene carácter definitivo y obligatorio una vez ejecutoriada la providencia respectiva y, en consecuencia. impide toda nueva discusión en ese particular. Por tal razón, si en el auto que decide el incidente de nulidad propuesto por una de las partes se declara que no existe la causal alegada, no puede posteriormente el Juez ponerla en conocimiento de las partes, ni ésta alegarla como causal de casación, puesto que ya se decidió que no existía".

10. Mas, si la consideración que antecede no fuera la pertinente en la especie de este negocio, tendríase que tampoco sería admisible la acusación, por falta de legitimación procesal del recurrente, en la hipótesis de que existiera la nulidad invocada. Porque, si se hallara cierto que la demandada María Andrea Rodríguez es incapaz por razón de idiotez y que, por lo mismo, no pudo ser personalmente emplazada al juicio, ni consecuencialmente dársele el curador ad-litem que ha venido gestionando por ella, necesariamente se tendría que este curador no la representa legítimamente. Y es lógico que quien no es legítimo representante judicial de otro carece de legitimación para pedir la nulidad del juicio por indebida representación de aquél a quien representó de esa manera. La alternativa es ineludible: si quien actuó procesalmente como representante de otro tiene legítimamente tal carácter, no hay lugar a declarar la nulidad; y si no lo tiene, entonces carece de personería para alegarla.

Tiene así consagrada la Corte que la nulidad, por falta de citación y emplazamiento en la forma legal, de quien ha debido ser llamado al juicio, "no puede ser alegada en casación sino por la persona que no fue legalmente citada o emplazada, ya que es la única que puede pedir por la vía ordinaria que se declare la nulidad del juicio al cual no se le llamó. u oponerla como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia". (Cas. 22 junio 1959, XC, 2211/12, Pág. 665).

11. Aun más: si las consideraciones anteriores no fuesen suficientes para la decisión del recurso, y hubiera que entrar al estudio del cargo en el fondo, resultaría que el recurrente no señala pruebas que demuestren la pretendida idiotez de María Andrea Rodríguez, distintas del dictamen médico que el Tribunal halló carente de mérito probatorio. Ciertamente. el impugnante no da razones que desvirtúen las que a este respecto consignó el juzgador en su proveído de fecha 23 de abril de 1962 y que se han reproducido atrás ni encuentra la Corte argumentos que en el punto pudiesen prevalecer sobre los del ad-quem. Así que, frente al experticio médico de que se trata. la Corte, adhiriendo al razonamiento del Tribunal, tendría que rechazar el cargo en casación.

12. Lo hasta aquí dicho muestra a fortiori que este recurso carece de todo fundamento, en lo tocante con Bernardo Rodríguez García, el otro ausente representado junto con María Andrea por el mismo curador ad-litem, recurrente en casación a nombre de ambos.

No prospera, pues, la censura.

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 diez y seis (16) de julio de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Pásese copia de esta sentencia y de las de primera y segunda instancias y de sus notificaciones, de las declaraciones de María Telma Montero Rodríguez (Fls. 23 y 24 C. 2), Ana Quilia Mejía (Fls. 28 y 29 ibíd.) y María Filomena Rodríguez García de Ocampo (Fls. 24 y 25 C. 6) y del memorial de Matías Fidel Murillo dirigido a la Corte (Fl. 27 ibíd.), al Juez Primero (1º) Penal Municipal de Fresno, para los efectos de que trata el primer inciso del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal.

Costas en casación a cargo de los recurrentes.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INCONGRUENCIA. — INTERPRETACION DE LA DEMANDA

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

(Magistrado Ponente: Doctor Ignacio Gómez Posse).

Se desata el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en el ordinario promovido por la sociedad en liquidación "Laboratorios Reco Ltda.'- contra "Productos Frugal Ltda.", proferida por el Tribunal Superior de Medellín.

Antecedentes

Ante el Juzgado 6º Civil del Circuito de Medellín la parte actora impetró las siguientes declaraciones:

"Principal. Pertenecen en dominio pleno y absoluto a la sociedad "Laboratorios Reco Limitada", y en estado de liquidación, todas las mejoras especificadas bajo el hecho 7º de la parte expositiva de la demanda y plantadas por esta sociedad en el inmueble vendido por la sociedad demandada al señor Elías Chavarriaga N. por medio de la escritura pública número 1606 de julio 1º de 1955 de la Notaría 6ª de Medellín, inmueble que se especifica así:

"....."

"Consecuencial. Como consecuencia de esta declaración de dominio se condene a la sociedad "Productos Frugal Limitada" a pagar a la sociedad "Laboratorios Reco Limitada", hoy en estado de liquidación, la suma de $ 60.000.00 valor comercial de esas mejoras.

"Primera subsidiaria consecuencial. Se condene a la sociedad demandada a pagar a la sociedad demandante la suma de $ 35.000.00 y los intereses de esta suma a partir del 30 de junio de 1955, fecha del lanzamiento, a la rata del 1% mensual como perjuicios y hasta que el pago se verifique.

"Segunda subsidiaria consecuencial: Se condene a la sociedad demandada a pagar a la demandante la suma que se estableciere por medio de prueba pericial, en la secuela del juicio, como valor comercial de las mejoras y los intereses de este valor a la rata del 1% mensual desde la fecha antes citada hasta que se verifique el pago total.

"Tercera subsidiaria consecuencial: Se condene a la sociedad demandada a pagar a la sociedad demandante el equivalente al precio de estas mejoras en la venta que aquélla hizo al señor Elías Chavarriaga M., más la suma indemnizatoria que correspondiere, según tasación pericial y por concepto de perjuicios.

"Habrá condenación en costas".

Como fundamentos de la acción se expusieron los siguientes hechos:

Primero. Por escritura pública número 5891 de 9 de julio de 1953 de la Notaría 1ª de este circuito, debidamente registrada en la oficina de II. PP. y PP. de esta ciudad y su extracto en la Cámara de Comercio de la misma, los señores Tina Bejarano de Arbeláez, Lía Restrepo de Vélez y Angela Peláez de Vélez, junto con otros, constituyeron la sociedad comercial de responsabilidad limitada con domicilio en Medellín denominada bajo la razón social de "Productos Frugal Limitada", sociedad que aún no ha sido disuelta.

Segundo. La sociedad antes dicha por medio de escritura pública número 9480 de 20 de noviembre de 1953 compró a la señora María Jaramillo de Gaillard el inmueble que se especifica en este hecho.

Tercero. Por medio de la escritura pública 6755 de agosto 22 de 1952 los señores Ignacio Peláez Arango y Angela y Emilia Restre-

po Echavarría constituyeron la sociedad de responsabilidad limitada bajo la razón social "Laboratorios Reco Limitada".

Cuarto. Esta sociedad para iniciar y desarrollar operaciones, tomó en arrendamiento, en contrato verbal celebrado con el gerente de productos Frugal Limitada y con la expresa autorización de plantar en él las mejoras necesarias al funcionamiento del laboratorio el inmueble que se anota en este hecho desmembrado del adquirido por compra a la señora Jaramillo de Gaillard y de que trata el hecho segundo.

Quinto. Corrido un tiempo de celebrado este contrato verbal y cuando ya la sociedad arrendataria había hecho un sinnúmero de trabajos de instalación y obras y mejoras costosísimas en el inmueble, la sociedad arrendadora Productos Frugal Limitada, resolvió que esta situación se solemnizara por medio de documento para lo cual el gerente, señor Luis Bernal Vélez suscribió con Laboratorios Reco Limitada representada en este acto por el señor Juan de Dios Cock, el documento de fecha 30 de noviembre de 1953 en cuya cláusula 7ª se dice: "El arrendatario declara que antes de la celebración del presente convenio ya se habían plantado en el inmueble que han tomado en arrendamiento las siguientes mejoras: Una ramada cercada de adobes, por el costado norte; un garaje; otra ramada cercada de adobe por el lado occidental; pisos de concreto y entresuelos; desagües; un sanitario; sus instalaciones eléctricas; canoas; y las instalaciones de acueducto, todas las cuales le pertenecen y por lo mismo puede retirarlas al vencimiento del contrato, restituyendo el bien en perfectas condiciones de conservación y haciendo por su cuenta las reparaciones o enmiendas que imponga el levantamiento de tales mejoras, si es que no llega el caso de ajustar su precio con el arrendador".

La cláusula octava es del siguiente tenor: "Fuera de tales mejoras el arrendatario no puede hacer otras de ninguna clase, ni tampoco reparaciones de ningún género, sin previa autorización escrita del arrendador. Y si las hiciere el arrendador nada tendrá que reconocerle ni pagarle por ellas".

Sexto. Definido en forma satisfactoria por la sociedad "Productos Frugal Limitada" el espinoso problema de las mejoras puestas en el inmueble por la sociedad arrendataria ya que éstas habían llegado a superar con mucho el valor comercial del inmueble, y para lo cual se valió habilidosamente de su momentáneo y transitorio representante de "Laboratorios Reco", señor Juan de Dios Cock, la sociedad arrendadora y deudora de las mejoras para no pagarlas por cuantiosas y aprovechando la falla temporal o absoluta de su gerente principal, el señor Luis M. Bernal Vélez, por intermedio del señor Eduardo Arbeláez Uribe, socio y primer suplente del gerente de la compañía, por escritura pública número 1106 de junio 1º de 1955 de la Notaría 6ª de Medellín, vendía el inmueble materia del arrendamiento al señor Elías Chavarriaga M., comprendiendo en esta venta todas las mejoras instaladas en el inmueble por la sociedad "Laboratorios Reco Limitada".

Séptimo. Las mejoras plantadas por Laboratorios Reco Limitada en el inmueble tomado a Productos Frugal "y que torpemente no se especificaron en el contrato de arrendamiento, son en términos generales así: ..."

La demanda en este hecho trae la enumeración de una serie de mejoras que dicen fueron hechas por la parte demandante en el inmueble que había tomado en arrendamiento.

"Estas mejoras implicaron para Laboratorios Reco un costo real de $ 35.000.00 y hoy tienen un valor comercial de $ 60.000.00 debido al encarecimento de la mano de obra y de los materiales empleados".

En el octavo hecho se dice que por diferencias con el socio ocasional e informal doctor Juan de Dios Cock la sociedad Reco Limitada tuvo que disolverse y ponerse en estado de liquidación por medio de escritura pública número 637 de 16 de agosto de 1954 de la Notaría 6ª de Medellín designando como liquidador a quien suscribe la demanda quien manifiesta que en virtud de pleitos injustos y ruinosos que el señor Cock instauró contra la sociedad en liquidación se encuentra en la necesidad de recuperar todos los activos de dicha sociedad para los efectos de su liquidación".

"Noveno. El señor Juan de Dios Cock valiéndose de una injusta ejecución contra

"Laboratorios Reco Limitada", en liquidación, embargó todos sus bienes y fueron puestos bajo el cuidado y administración del secuestre señor Gilberto Vélez, situación ésta que aprovechó el adquirente de 'Productos Frugal Limitada' señor Elías Chavarriaga para conseguir la restitución del inmueble, con todas las mejoras de propiedad de 'Laboratorios Reco', mediante juicio de lanzamiento seguido ante el señor Juez del Municipio de Itagüí, restitución que se le hizo el día 30 de julio de 1955.

"Décimo. La sociedad 'Productos Frugal Limitada' enajenó el inmueble con las mejoras a sabiendas de que ellas eran de propiedad exclusiva y absoluta de la sociedad 'Laboratorios Reco Limitada', con notoria mala fe, para no pagarlas ni permitir que ellas fueran retiradas del inmueble, y con el fin de hacer de imposibilidad, absoluta o relativa, su persecución. Lo que en el hecho ocurrió debido al sinnúmero de negociaciones posteriores".

La parte demandada dio contestación al respectivo libelo oponiéndose a lo impetrado y propuso las excepciones de inepta demanda y acumulación indebida de la acción.

El juez a-quo desató el juicio en sentencia proferida el 7 de diciembre de 1963, cuya parte resolutiva dice lo siguiente:

"Primero. Pertenecen en dominio pleno y absoluto a la sociedad 'Laboratorios Reco Limitada', en estado de liquidación, todas las mejoras especificadas bajo el hecho 'séptimo de la demanda' que se ha transcrito en la parte motiva, exceptuando las consignadas bajo las letras h) y j), plantadas por esta sociedad en el inmueble vendido por la sociedad demandada al señor Elías Chavarriaga M. por medio de la escritura pública número 1106 de 1º de junio de 1955, de la Notaría 6ª de Medellín, inmueble que se especificó en la parte motiva de esta misma providencia.

"Segundo. Como consecuencia de esta declaración de dominio, se condena a la sociedad 'Productos Frugal Limitada' a pagar a la sociedad 'Laboratorios Reco Limitada', hoy en estado de liquidación, la suma de cuarenta y un mil ciento veinticuatro pesos con setenta y cinco centavos ($ 41.124.75) moneda corriente, como valor comercial actual de dichas mejoras.

"Tercero. Se condena a la compañía demandada al pago de las costas del juicio".

Apeló la parte demandada para ante el Tribunal Superior de Medellín y esta entidad por fallo de 11 de julio de 1964 confirmó lo resuelto por el inferior.

La sentencia acusada

El fallador ad-quem en la parte motiva de su providencia hace las siguientes consideraciones:

"La parte demandante pide el pago del valor de unas mejoras que introdujo a un inmueble que tuvo en arriendo que era de propiedad de la sociedad demandada.

"La Sala interpreta la petición principal de la demanda, en el sentido de que dicha súplica se hace para el solo efecto de determinar o indicar que las mejoras que relaciona la parte demandante en el citado libelo las plantó, edificó o puso de su cuenta, y por ese aspecto le pertenecen a ella y no a la parte demandada.

"Se hace la observación de que no se ha ejercitado propiamente la acción declarativa de dominio, sino que en la demanda en forma principal se incoó la acción de pago del valor de unas mejoras útiles incorporadas o puestas por la parte demandante sobre el inmueble especificado en el hecho cuarto de la demanda y que le arrendó la sociedad demandada, la cual en contrato escrito de arrendamiento hizo el reconocimiento de que varias de esas mejoras, cuyo pago se impetra, le pertenecían a 'Laboratorios Reco Ltda.'.

"Aún cuando en la demanda se dice que se trata de "demandas reivindicatorias con acción mixta" (Fl. 16 de este cuaderno), se repite que lo que la parte demandante está cobrando en forma principal, es el valor de dichas mejoras, las cuales junto con el inmueble arrendado, al cual accedieron, fueron vendidas por 'Productos Frugal Ltda.' al señor Elías Chavarriaga por medio de la escritura pública número 1106 de 1º de junio de 1955 de la Notaría 6ª del Circuito de Medellín (Fls. 12 a 13 v. de este cuaderno).

"La circunstancia de que la parte actora haya expresado que la demanda es reivin-

dicatoria, en el caso especial del artículo 955 del C. C., ello no implica el que en realidad se haya instaurado dicha acción reivindicatoria, pues ésta se configura cuando lo que se vende o enajena es la cosa ajena, y no puede entenderse que las mejoras o muebles que accedieron a un inmueble de propiedad del vendedor tengan esa naturaleza.

"Está demostrado plenamente en los autos que la compañía demandada vendió el inmueble que tenía en arrendamiento 'Laboratorios Reco Ltda.', con todas sus mejoras y anexidades (Fl. 12 de este cuaderno), y no aparece probanza que demuestre que le haya pagado el valor de dichas mejoras.

"De los documentos que obran a folios 5 y 6 y a folios 23 de este cuaderno se relieva que entre las partes se celebró el arrendamiento indicado en el libelo, y que 'Productos Frugal Ltda.' reconoció clara y concretamente varias de las mejoras plantadas por la parte demandante durante el término del citado arriendo.

"Es obvio que si la parte demandada vendió el inmueble con las citadas mejoras al señor Elías Chavarriaga ha debido antes de la compraventa pagarle el valor de ellas a 'Laboratorios Reco Ltda.', lo cual no tuvo ocurrencia o ha debido facilitarle el retiro de dichas mejoras.

"Es indudable que 'Productos Frugal Ltda.', sin la implantación de las mejoras por parte de 'Laboratorios Reco Ltda.' posiblemente no hubiera vendido el inmueble arrendado por el precio en que lo vendió, ya que las mejoras aumentaron el valor económico de dicho bien.

"El día 30 de noviembre de 1953 se estipuló entre las partes (Fls. 26 del C. 2) que 'Productos Frugal Ltda.' no pagaría ni reconocería a 'Laboratorios Reco Ltda.' ninguna mejora adicional a las que hasta esa fecha había introducido la sociedad arrendataria en el inmueble arrendado, las cuales eran las siguientes: 'Una ramada cercada de adobe, por el costado norte; un garaje; otra ramada cercada de adobe por el lado occidental; pisos de concreto y entresuelos; desagües; un sanitario; su instalación eléctrica; canoas y la instalación de acueducto'.

"La demanda no versa sobre el pago de mejoras adicionales a las preanotadas, sino sobre el pago de las relacionadas en el citado contrato verificado el 30 de noviembre de 1953, mejoras que adquirió el señor Elías Chavarriaga por medio de la compraventa que celebró con la sociedad demandada, la cual no las pagó a la parte demandante.

"Aparece a Fls. 31 a 33 del C. Nº 2 un dictamen de peritos, uniforme y debidamente fundado sobre el valor de las mejoras a que se ha hecho referencia, y que el referido 30 de noviembre de 1953 reconoció 'Productos Frugal Ltda.' que le pertenecían a 'Laboratorios Reco Ltda.'

"El avalúo premencionado que asciende a la cantidad de $ 41.124.75 que acogió el juzgado a-quo, comprende el valor de una ramada, de un garaje, de los pisos de concreto y entresuelos, de los desagües, de un sanitario, de la instalación eléctrica, de las canoas, y de la instalación de acueducto, es decir de las mejoras que quedaron incluidas en la compraventa precitada.

"De lo antes expuesto se desprende que la condenación que hizo el a-quo en el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia recurrida, tiene fundamento.

"La excepción de inepta demanda que propuso la parte demandada no tiene base, pues es obvio que la parte demandada vendió las mejoras que puso la parte demandante en inmueble que era de propiedad de 'Productos Frugal Ltda.' con lo cual obtuvo un beneficio económico. Dichas mejoras según peritos idóneos tienen en la actualidad el valor señalado en la sentencia.

"En cuanto a la excepción de acumulación indebida de acciones propuesta por la parte demandada, se anota que no tiene fundamento, pues partiendo de la consideración de que en la demanda se hubieren ejercitado varias acciones, ellas lo serían en forma subsidiaria sin que hubiera obstáculo para su acumulación.

"En virtud de las precedentes consideraciones se ha de mantener la providencia recurrida.

"Por ello el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión, administrando jus-

ticia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada de fecha y procedencia ya indicadas.

"Costas de la apelación a cargo de la parte demandada (Art. 2º Decreto 0243 de 1951)".

El recurso de casación

Contra la sentencia del Tribunal el recurrente formula tres cargos con apoyo en el artículo 520 del Código Judicial que se examinan así: anotando que el opositor replicó dicha demanda.

Primer cargo

(Segundo de la demanda)

Se acusa el fallo del Tribunal por "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Para fundar el cargo el recurrente manifiesta que las pretensiones del demandante "contenidas en el libelo inicial" se reducen a una declaración sobre dominio de mejoras y consecuencialmente se piden condenas para que la parte demandada sea obligada a pagar el valor de esas mejoras y de perjuicios en determinados casos, peticiones estas últimas que se enuncian como subsidiarias unas de otras. Pero todo el andamiaje de esas pretensiones se levanta con la estructura de derecho que ofrece el artículo 955 del C. C.

Entra el impugnante a exponer las condiciones que se exigen para la prosperidad de la acción reivindicatoria y manifiesta "que en el caso de la acción del artículo 955 del C. C. se tiene que no se cumplen en forma estricta dos de esos requisitos: porque el demandado no es poseedor de la cosa sino un poseedor anterior y porque no se persigue una cosa singular o cuota de ella, sino el precio o su equivalente.

El señor apoderado transcribe varios apartes de su tesis de grado en donde afirma: "que se da una idea bastante clara de esta acción especialísima".

Luego manifiesta:

"No hay duda, pues de que el Laboratorio Reco Limitada tuvo la pretensión nítida, no de perseguir las mejoras físicas con demanda frente al poseedor de ellas sino de impetrar que el equivalente dentro de los términos y condiciones del artículo 955 del C. C. o sea mediante el ejercicio de la acción llamada transmisora y traslaticia (que algunos denominan acción mixta) frente a Productos Frugal Limitada.

"Sin embargo el Tribunal Superior de Medellín al estudiar el caso encontró un obstáculo tremendo para el encuadre de esta acción al caso de autos. Y ese obstáculo fueron las normas del C. C. sobre accesión como modo de adquirir y concretamente el artículo 739 que dispone que el propietario de la tierra se hace dueño de lo que por accesión se junta a ella: en este caso unas edificaciones".

Cita algunas jurisprudencias de la Corte en relación con el fenómeno de la accesión, declarando que ese fenómeno lo reconoció la sentencia materia del recurso en algunos de los pasos que atrás se transcribieron y declara que "la sentencia busca apoyo en consideraciones de otra índole, ajenas completamente a la pretensión instaurada, diciendo que la parte demandada tenía obligación de pagar a Laboratorios Reco Limitada las mejoras relacionadas en el convenio de 30 de noviembre de 1933, ya que las mejoras aumentaron el valor económico de dicho bien".

Estima el impugnador que con ese nuevo razonamiento del Tribunal "se pretende hacer una interpretación de la demanda, pero una interpretación que no cabe porque la demanda no ofrece duda sobre la acción y pretensión que ella contiene. Y la sentencia concluye, al confirmar la de primer grado, sosteniendo que se ejercitó una acción personal no calificada, que bien podría ser la de in rem verso que surge del enriquecimiento sin causa en concordancia con el fenómeno de la accesión..."

"El fallo del Tribunal resulta en contradicción con las pretensiones de la demanda porque decide sobre una acción no instaurada, ya que la parte demandante no ha traído al debate el fenómeno de la accesión, ni el del enriquecimiento sin causa, ni ha invocado las normas legales que obligan al dueño del terreno a indemnizar a quien plantó mejoras en su predio, bien sea que

tales mejoras se hubiesen plantado con su consentimiento o sin él. Ya se vio cómo para estos casos, la acción viable es de carácter personal y no in re". Concluye el cargo afirmando que no puede darse un caso más patente de incongruencia en una sentencia comparándola con las pretensiones de la demanda, ya que ésta se concreta a una acción real (o mixta si se la quiere llamar así) pero que de todas maneras es un medio excepcional encuadrado dentro de los linderos de la reivindicación; y la sentencia recurrida al confirmar el numeral segundo de la primera instancia se pronuncia sobre una acción personal indemnizatoria, o sea sobre una cuestión concretamente distinta de la que fue materia del debate y que sea incongruencia o distorsión salta a la vista por haberse resuelto sobre puntos que no han sido objeto del litigio (extra petita) y no puede confundirse con la facultad que el fallador tiene de interpretar la demanda puesto que la interpretación tiene lugar cuando ella es oscura... Sencillamente el actor escogió la acción que no era adecuada para su caso.

La Corte considera

Se han insertado los apartes principales en que el recurrente apoya este cargo de incongruencia, precisamente para relievar su inoperancia, pues la simple lectura de las pretensiones del actor y la resolutiva del fallo basta para desechar el ataque formulado, ya que es clara la relación entre las pretensiones del actor y las resoluciones de la sentencia. **No es de recibo como fundamento del cargo el que se pretenda buscar incongruencia entre la parte motiva y la dispositiva, ni mucho menos el afirmar que los fundamentos jurídicos de la acción fueron equivocados en la apreciación de las normas sustantivas aplicables al caso sub-lite. La apreciación del recurrente en el caso particular distinta de la que el sentenciador verificó para estructurar el fallo, no es base para sustentar el cargo.**

Las doctrinas de la Corte sobre estos particulares es abundante basta citar las siguientes:

"Ha dicho la Corte que la causal segunda de casación no tiene ocurrencia cuando se hace consistir en que el Tribunal sentenciador haya considerado la cuestión sub-judice de manera diferente a como la aprecia alguna de las partes litigantes, o que se haya abstenido de decidir con los puntos de vista expuestos por algunas de éstas".

"Es también doctrina que la causal segunda de casación no comprenda generalmente la incongruencia entre la parte motiva y la resolutiva del fallo, ya que la ley es clara al fijar como términos de comparación 'las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes' y lo decidido por el Tribunal, que se encuentra siempre en la parte resolutiva de la sentencia acusada. (G. J. Nº 1955, Pág. 307) (Cas. septiembre 9 de 1959. Nros. 2215-2216).

El cargo es inane.

Segundo cargo

(Primero de la demanda)

Con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial el recurrente acusa la sentencia "por interpretación errónea del artículo 955 del Código Civil, en concordancia con el 957 del mismo Código y con el artículo 213 del Código Judicial.

Al pretender demostrar el impugnante cita varios pasos de la sentencia del fallador de instancia para afirmar luego que el Tribunal aplicó a su manera el artículo 955 citado "apartándose muy poco de la manera como lo interpretó el juez a-quo, según los apartes arriba transcritos". Y agrega: "Los comentadores de nuestro Código Civil y también los del Código chileno están de acuerdo en que para las acciones que se consagran en los artículos 955 y 957 del Código Civil se exigen determinados requisitos que tienen que ver con la buena y la mala fe del demandado, con la circunstancia de que la cosa 'se enajenó a sabiendas de que era ajena' y de que 'se haya hecho imposible o difícil su persecución'. Estos hechos deben aparecer acreditados en el respectivo juicio".

El recurrente luego de hacer algunas citas, afirma:

"Se tiene por tanto que para ejercer la acción del artículo 955 del C. Civil (lo mismo que la consagrada en el artículo 213 del C. Judicial, que es uno de los casos contenidos en la norma citada del C. Civil), es necesario que el demandante demuestre lo si-

guiente: a) que hubo una enajenación de mala fe, y que el pleito contra el nuevo poseedor se hace imposible o difícil, todo esto para obtener una reparación plena, que comprende el valor de la cosa y perjuicios; b) o la imposibilidad o dificultad de perseguir la cosa que se enajenó de buena fe, para obtener del que la enajenó simplemente el precio que recibió de ella.

"Estos requisitos son indispensables para el éxito de la acción, pero no lo entendió así el Tribunal de segunda instancia en la sentencia ahora recurrida, pues hizo una aplicación casi mecánica del artículo 955 del C. Civil, sin detenerse en ninguna consideración sobre las premisas indispensables de enajenación de mala fe y de imposibilidad o dificultad de perseguir la cosa demandando a su actual poseedor. Y esa omisión en el razonamiento del Tribunal resulta más patente si se tiene en cuenta el hecho décimo de la demanda, que no aparece demostrado en el juicio y que dice textualmente: 'La sociedad 'Productos Frugal Ltda.' enajenó el inmueble con las mejoras a sabiendas de que ellas eran de propiedad exclusiva y absoluta de la sociedad Laboratorios Reco Limitada, con notoria mala fe, para no pagarlas ni permitir que ellas fueran retiradas del inmueble, y con el fin de hacer de imposibilidad absoluta o relativa, su persecución. Lo que en el hecho ocurrió debido al sinnúmero de negociaciones posteriores.

"La enunciación de ese hecho, desde luego no demostrado, destaca que la pretensión del actor se enmarcó por él dentro del ámbito del artículo 955 del Código Civil, y del 213 del C. Judicial, normas éstas que el Tribunal interpretó erróneamente en su contenido y finalidades, independientemente de la cuestión de hecho, puesto que no tuvo en cuenta las premisas y requisitos que ellas contienen para que sea procedente la acción que consagran como equivalente a la reivindicación. Si el Tribunal aplica debidamente esa primera disposición y sus concordantes ya citadas, ha debido exigir la demostración en el juicio de que hubo enajenación de las mejoras por parte de Productos Frugal Ltda. a sabiendas de que eran ajenas, es decir de mala fe, y la circunstancia de que por determinada situación se hacía difícil la persecución en juicio reivindicatorio contra el comprador Elías Chavarriaga o contra quien las poseía al instaurarse la demanda. Todo esto para concluir con sentencia absolutoria para la parte que represento, pues esa decisión se imponía con un entendimiento acertado del texto, contenido y sentido de la disposición legal que sirvió de piedra angular para construir la demanda, o sea el artículo 955 del C. Civil, y de otras normas que sirven para su interpretación y para medir su alcance".

La Corte considera

Para la determinación que haya de tomarse es conveniente considerar los hechos tenidos en cuenta por el sentenciador. En el contrato de arrendamiento celebrado entre el señor Luis Bernal Vélez en su condición de representante de Productos Frugal Limitada como arrendador y Laboratorios Reco Limitada como arrendataria, representada en ese acto por Juan de Dios Cock, se estableció que el término del arrendamiento era el de un año prorrogable a voluntad del arrendatario "mediante aviso escrito o verbal a la otra parte, dos meses antes del vencimiento del primer año". Allí se dijo que "quedaba expresamente prohibido al arrendatario el subarriendo o darle al inmueble una destinación distinta de la que motiva el contrato"; y en la cláusula 7ª se estipuló expresamente: "El arrendatario declara: que antes de la celebración del presente convenio ya se habían plantado en el inmueble que ha tomado en arrendamiento las siguientes mejoras: una ramada cercada de adobe, por el costado norte; un garaje; otra ramada cercada de adobe por el lado occidental; pisos de concreto y entresuelos; desagües; un sanitario; su instalación eléctrica, canoas; y la instalación del acueducto; todas las cuales le pertenecen, y por lo mismo puede retirarlas al vencimiento del contrato, restituyendo el bien en perfectas condiciones de conservación, y haciendo por su cuenta las reparaciones o enmiendas que impongan el levantamiento de tales mejoras, si es que no llega el caso de ajustar su precio con el arrendador".

Por escritura número 1106 de 10 de junio de 1955 el señor Eduardo Arbeláez Uribe obrando en representación de la sociedad

denominada Productos Frugal Limitada y cuyo carácter se determina en ese contrato expuso:

"Segundo. Que obrando con esa calidad, transfiere a título de venta a don Elías Chavarriaga M., el dominio sobre un lote de terreno situado en el paraje de Guayabal del Municipio de Itagüí, que tiene una extensión superficiaria de 2.000 v2, con la casa vieja de habitación que hay levantada en él, instalaciones de agua y luz con todas sus ramadas, mejoras y anexidades comprendido por los linderos que se relatan en el título. Se hace allí referencia de que Productos Frugal Limitada adquirió el inmueble en mayor extensión por compra hecha a doña María Jaramillo de G. según la escritura que allí se anota y se establece en el contrato "que ya se ha hecho la entrega material del inmueble descrito con todas sus mejoras y anexidades por los linderos indicados..."

En el expediente obran las pruebas pertinentes sobre la constitución de las sociedades comerciales vinculadas al litigio y la determinación de los inmuebles en donde se hallan las mejoras a que se refiere el contrato de arrendamiento.

Al folio 7 del cuaderno que lleva por título "Actuación del juzgado" se encuentra una copia autenticada expedida por el Juzgado Municipal de Itagüí en donde aparece la sentencia proferida por dicho Juzgado el 25 de julio de 1955, y en virtud de la cual decretó el lanzamiento en contra de Laboratorios Reco en liquidación, y del señor Juan de Dios Cock "del inmueble antes determinado, que han venido ocupando a título de arrendatarios, cuyo dominio adquirió el señor Elías Chavarriaga M. a quien deberá entregarse el inmueble dentro de dos días de acuerdo con el artículo 1106 del Código Judicial dejando en su poder los objetos que tengan los inquilinos en él". Esta sentencia se debió al juicio de lanzamiento que el propietario Elías Chavarriaga inició contra Laboratorios Reco Ltda. y Juan de Dios Cock "tenedores del inmueble demarcado por los linderos que allí se apuntan".

El 30 de julio de 1955 se procedió a la diligencia de lanzamiento verificando la entrega material y real del inmueble.

Al folio 31 vto. del cuaderno de pruebas del demandante obra la diligencia de avalúo de las mejoras a que alude el contrato de arrendamiento, avalúo rendido por peritos y que fijaron en la suma de $ 41.124.75.

De acuerdo con estos antecedentes se afirma que entre las entidades Laboratorio Reco Ltda. en liquidación y Productos Frugal Limitada se verificó un contrato de arrendamiento de un inmueble en el cual la entidad arrendataria había realizado una serie de mejoras para fines de su negocio y que fueron las que avaluaron los expertos; es decir, Frugal Limitada tenía conocimiento pleno de que esas mejoras pertenecían a la parte actora; y no obstante ese conocimiento transfirió el dominio del inmueble junto con las mejoras al señor Elías Chavarriaga M. de acuerdo con la constancia relievada en el título escriturario a que se ha hecho mención; en virtud de esa transferencia que originó el juicio de lanzamiento contra la entidad arrendataria, se colocó a ésta en imposibilidad de retirar las mejoras que con perfecto derecho había hecho en el inmueble que le arrendó Frugal Limitada, mejoras que éste reconoció como de propiedad de Laboratorios Reco en liquidación según la constancia expresamente manifestada en el contrato de arrendamiento de que se ha hecho mérito.

No prospera el cargo.

Tercer cargo

Con apoyo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial dice el recurrente:

"Acuso la sentencia recurrida por aplicación indebida de los artículos 738, 739, 965, 966, 967 del Código Civil por un aspecto, y de los artículos 15 y 1494 del mismo Código Civil, por otro aspecto". Dice el impugnante que a esa violación llegó el sentenciador por evidente error de hecho en la interpretación "acomodaticia de la demanda pues con ella se cambia y se transforma sin razón toda la fisonomía del libelo inicial, para caer en una aplicación indebida de los artículos 738 y 739, en concordancia con los artículos 965, 966, 967 antes citados".

Dice el recurrente que la demanda tanto en la exposición de los hechos como en las

peticiones es clara y explícita, en cuanto allí se ejercita la acción especial de reivindicación "Por el equivalente del valor de unas mejoras o sea la consagrada en el artículo 955 del Código Civil, que se denomina por acción mixta". El señor apoderado estima sin lograr demostrarlo, que el fallador incurrió en ese error de hecho que al tenor de la ley debe ofrecerse como evidente para que el cargo prospere; y pretende que esa interpretación errónea se deduce de la siguiente frase de la parte motiva de la sentencia: "La Sala interpreta la petición principal de la demanda, en el sentido de que dicha súplica (la primera anota el Tribunal) se hace para el solo efecto de determinar o indicar que las mejoras que relaciona la parte demandante en el citado libelo las plantó, edificó o puso por su cuenta, y por este aspecto le pertenecen a ella y no a la parte demandada".

La Corte considera

De manera clara y precisa se han insertado las partes pertinentes de la sentencia del Tribunal en que esta entidad de acuerdo con los hechos de la demanda y las comprobaciones de autos, ha declarado que no se trata de una acción reivindicatoria, y que por lo tanto, no es aplicable el artículo 955 del Código civil, sino que simplemente de la condena al pago de las mejoras realizadas por la entidad demandante, y a que se refiere el contrato de 30 de noviembre de 1953; y manifiesta el Tribunal, vuelve a insistirse en que "La Sala interpreta la petición principal de la demanda en el sentido de que dicha súplica se hace para el solo efecto de determinar o indicar que las mejoras que relaciona la parte demandante en el citado libelo las plantó, edificó o puso de su cuenta, y por ese aspecto le pertenecen a ella y no a la parte demandante".

Ninguna finalidad distinta ha tenido esta perentoria declaración del fallador, tanto más, cuando por hechos de la entidad demandada colocó al arrendatario en imposibilidad física y legal, de haber retirado las mejoras que contractualmente fueron estipuladas entre las partes, y reconocidas expresamente como de la pertenencia exclusiva de la arrendataria. Con razón, pues, el Tribunal afirma que: "Es obvio que si la parte demandada vendió el inmueble con las citadas mejoras al señor Elías Chavarriaga, ha debido antes de la compraventa pagarle el valor de ellas a Laboratorios Reco Ltda., lo cual no tuvo ocurrencia o debido facilitarle el retiro de dichas mejoras".

En consecuencia, la parte resolutiva del Tribunal en cuanto confirmó la del inferior y en lo que se refiere con el punto primero de esta decisión, no tiene otro alcance o significado que el reconocer que las mejoras especificadas bajo el hecho 7º de la demanda con las excepciones allí mismo indicadas fueron puestas por la entidad demandada.

Y se ha visto, cómo en virtud de la acción de lanzamiento instaurado por el señor Elías Chavarriaga contra la entidad arrendataria, se colocó ésta en situación de no poder siquiera retirar tales mejoras. Se ha cumplido, pues, lo dispuesto por el segundo inciso del artículo 994 del Código Civil, cuando establece que: "Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno será éste obligado, para recobrarlo a pagar el valor del edificio, plantación, o sementera".

Sobre estos aspectos, son numerosas y unánimes las doctrinas sentadas por la Corte Suprema de Justicia.

Se ha examinado que el Tribunal fallador apenas hizo una interpretación tangencial del artículo 955 del Código Civil en la forma que se ha transcrito anteriormente; de ello no puede deducirse el error de hecho en la interpretación de la demanda porque es bueno, por último, dejar constancia de que es reiterada la doctrina sentada por la Corte respecto a la facultad que tienen los jueces de interpretar la demanda teniendo de presente los hechos claros y precisos consignados en el libelo, como la intención que de ello se deduce, sin que la equidad y la justicia puedan quedar sometidas a un formulismo, a un exagerado apego a la ley que en último trance, vendría a traducirse en la negación del derecho por atender a fórmulas sacramentales, hoy completamente desuetas.

Ni es fundamental el cargo cuando se afirma que el fallador incurrió en error de hecho porque Laboratorios Reco Ltda. podría retirar los materiales o destruir las construcciones levantadas en el inmueble,

cuando como se ha visto, la venta hecha por el arrendador a un tercero hizo que éste iniciara el juicio de lanzamiento que colocó a la entidad arrendataria en situación de no poder defenderse y cuando, por otra parte, los términos que usa el artículo 994 del Código Civil son suficientemente claros y no dejan duda sobre la obligación en que estaba el arrendador de pagar el valor de las mejoras que el arrendatario había hecho con su pleno consentimiento.

No prospera el cargo.

Decisión

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha once (11) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario seguido por Laboratorios Reco Limitada contra Productos Frugal Limitada.

Costas a cargo del recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL

Efecto de las sentencias sobre filiación. — En la acción que se promueve frente a los herederos del presunto padre natural, el fallo no afecta sino a quienes fueron llamados a la litis. — Demanda. — El requisito de la determinación de los nombres de las partes o de sus representantes. — Nulidad por falta de citación o emplazamiento. — Cuándo se incurre en ella. — Nulidad por ilegitimidad de personería. — Por quién puede ser alegada.

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

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

El señor Rubén Darío Lara demandó ante el Juez Primero Civil del Circuito de Cúcuta a la señora Josefa Contreras viuda de Clavijo, a los menores Raquel Marina, José Gilberto y Ligia Socorro Clavijo Contreras, cónyuge sobreviviente la primera y herederos los demás del difunto Gilberto Clavijo, y "en general a todos los herederos y sucesores del señor Clavijo", para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarase que el demandante Lara es hijo natural y heredero del nombrado Gilberto Clavijo y se ordenara la adjudicación de su legítima respectiva dentro del juicio mortuorio del mismo causante.

Los hechos pertinentes de la demanda pueden compendiarse así:

1. Gilberto Clavijo y Josefa Lara hicieron vida marital en Cúcuta, de manera estable y pública, por los años de 1920 a 1930, viviendo bajo un mismo techo y en compañía de la madre del primero, señora Evalina Sosa de Clavijo.

2. Las relaciones sexuales, estables y notorias, entre Clavijo y la Lara dieron por resultado el embarazo de ésta y que a Clavijo se lo denunciara y detuviera por estupro, quedando más tarde libre de la acción penal por desistimiento de la misma Lara.

3. Obtenida su libertad, Clavijo llevó a la señora Lara a vivir con él en la casa de su madre y allí la misma Lara dio a luz un niño, a quien se le puso el nombre de Rubén Darío.

4. Este niño nació el 15 de febrero de 1921, y su padre Gilberto Clavijo cuidó a su madre durante el embarazo y más tarde al propio Rubén Darío, hasta la mayor edad de éste, proveyendo a su subsistencia y educación, viviendo con él en casa de la familia Clavijo y ocupándolo en un negocio que tenía el mismo Clavijo.

5. Gilberto Clavijo matriculó a Rubén Darío en el Colegio Gremios Unidos, donde aquél recibió dos años de educación, lo presentaba como hijo suyo a sus amigos y familiares y vivía con él en casa de la madre del propio Clavijo.

6. El citado Gilberto Clavijo contrajo matrimonio con la señora Josefa Contreras el 15 de diciembre de 1937 y murió más tarde, dejando algunos bienes de fortuna.

La demanda fue admitida y se dispuso correrla en traslado a los demandados, pero antes de ser notificada el personero del demandante presentó un memorial en que dijo aclarar dicho libelo en el sentido de especificar los bienes dejados por el causante Clavijo, a fin de que la inscripción de la misma demanda comprendiera esos bienes.

Los demandados descorrieron el traslado de la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor y negando los hechos allí expuestos.

La primera instancia del negocio se clausuró con el fallo de cinco de agosto de 1961, en el cual se hicieron las declaraciones impetradas en la demanda y se condenó en costas a la parte demandada.

La sentencia acusada

Abierto y surtido el segundo grado por apelación de los demandados, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona profirió la sentencia de 23 de noviembre de 1961, por la cual se revocó el fallo apelado, se absolvió a los mismos demandados y se condenó en costas al actor.

El fallo del Tribunal descansa primordialmente sobre dos razones que pueden ser resumidas así: primera, muerto el presunto padre, la acción de filiación natural se dirige contra los herederos que lo representan y que pasan a ocupar la posición jurídica de dicho padre; tal acción lleva implícita la de petición de herencia, y de estas dos acciones deben responder todos los interesados en la sucesión del causante, es decir, todos sus herederos. Por tanto, dichas acciones sólo pueden llegar a prosperar cuando se las promueve frente a todos los herederos del presunto padre natural. Como en este juicio, fuera de los herederos de Gilberto Clavijo a quienes se demandó, hay otros que no fueron demandados, resulta que no se integró en forma debida la parte demandada y que en consecuencia los herederos demandados no están por sí solos legitimados en causa y la acción de filiación no puede prosperar.

Segunda razón: el demandante Lara nació el 15 de febrero de 1921; el presunto padre natural, Gilberto Clavijo, contrajo matrimonio con Josefa Contreras el 15 de diciembre de 1937 y falleció el 26 de noviembre de 1957; la Ley 45 de 1936 empezó a regir el primero de abril de tal año; como el demandante nació antes de promulgarse esta ley y los hijos legítimos demandados nacieron después de iniciada su vigencia, sucede que el primero no puede concurrir con los segundos de acuerdo con lo prescrito por el Art. 28 de la misma Ley 45, es decir, que no puede reclamar ningún derecho en concurrencia con dichos hijos legítimos. "La Ley 45 de 1936 —expresa el fallo— concedió derechos patrimoniales a los hijos naturales en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores a dicha ley, cuando aquéllos son concebidos con posterioridad a la misma ley. Consecuencialmente, los hijos naturales concebidos antes de la referida ley, no tienen ningún derecho en concurrencia con hijos legítimos, lo cual viene a consagrar la falta de retroactividad de las leyes sobre estado civil de que habla la doctrina, dado el trastorno y conmoción social que esto causaría".

La impugnación

La parte demandante recurrió en casación y con fundamento en las causales primera y sexta del Art. 520 del C. Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado los dos siguientes cargos que la Corte procede a examinar y decidir, previa la advertencia de que la parte opositora replicó la demanda respectiva.

Primer cargo

Se apoya esta censura en que, dentro de este juicio, se incurrió en las nulidades consistentes en ilegitimidad de la personería de la parte demandada y en la falta de citación o emplazamiento de varias personas que han debido ser llamadas al juicio.

En sustentación de este motivo expresa el recurso que la demanda inicial del juicio se propuso contra la señora Josefa Contreras y los menores Raquel Marina, José Gilberto y Ligia Socorro Clavijo Contreras, la primera cónyuge sobreviviente y los otros herederos del extinto Gilberto Clavijo, y en general contra todos los herederos y sucesores del mismo difunto Clavijo, señalado como presunto padre natural del actor. La señora Contreras fue designada allí como cónyuge supérstite y como representante legal de los menores demandados. Después de admitida, pero antes de ser notificada esa demanda, el personero del demandante presentó un memorial en que, con el propósito de aclarar ese mismo libelo, especificó los bienes dejados por el extinto señor Clavijo, y más tarde dicho mandatario acercó varios documentos demostrativos de la existencia de otros herederos del presunto padre natural y manifestó que adicionaba la demanda mencionada en el sentido de incluir como demandados a esos otros herederos. Es-

ta segunda adición no fue admitida y mediante esa determinación del juzgador quedaron excluídos del juicio los menores Myriam Teresa, César Augusto, Iván Millet y Georgina Margarita Clavijo Contreras, hijos y herederos del mismo difunto Clavijo.

Así se tramitó el juicio, y, sin cumplir el deber de verificar si se había o no incurrido en una nulidad, se profirió la sentencia de segundo grado, en la cual se sostuvo que, por no haberse llamado al juicio a todos los herederos del señor Clavijo, no se había integrado la parte demandada y no aparecía por tanto establecida la personería de la misma parte. "Desacertó el sentenciador —dice el recurso— toda vez que, al examinar los presupuestos procesales así, debió considerar y pronunciarse, con respecto a la causal de nulidad, consistente en la ilegitimidad de personería de la parte demandada y a falta de citación o emplazamiento, en forma legal, de las personas que han debido ser llamadas al juicio, con arreglo al Art. 448 del C. de P. C., en relación con el Art. 455 ibídem, en relación con el 13 de la Ley 45 de 1936. Por tanto, era obligación del sentenciador observar, de oficio incluso, estos motivos de nulidad, mandarlos poner en conocimiento de las partes, y si la interesada parte guarda silencio, decretarlas, invalidando lo actuado, desde el estado en que se encontraba el proceso al sobrevenir el motivo. Lo cual el H. Tribunal omitió".

El Art. 13 de la Ley 45 de 1936 prescribe que, a falta del padre, corresponde a la madre el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos de familia, y el 307 del C. Civil dispone que en las acciones civiles contra un hijo de familia el actor debe dirigirse al padre o madre que ejerce sobre éste la patria potestad a fin de que lo autorice o lo represente en la litis. El demandante cumplió estas prescripciones, pero el juzgador excluyó a varios de los herederos del señor Clavijo y dispuso adelantar la litis con prescindencia de esos herederos, "con lo cual —expresa el recurso— dio origen a varios de los motivos de nulidad procesal preestablecidos por el Art. 448 del C. de P. C., invocables como causal de casación, con arreglo al motivo 6º del Art. 520 del mismo cuerpo legal, en que fundo la presente impugnación". Agrega el mismo recurso que el haber prescindido de varios herederos del señor Clavijo, no obstante que se pidió llamarlos a juicio y que se oyó a su representante legal, señora Contreras, constituye un motivo de nulidad del juicio por falta de citación o emplazamiento en la forma legal de esos mismos herederos excluídos.

Segundo cargo

Se hace consistir en el quebranto directo, por aplicación indebida, de los Arts. 13 de la Ley 45 de 1936, 307, 401, 402, 403 y 404 del C. Civil.

El recurso sustenta este cargo diciendo que la señora Josefa Contreras ejercía la patria potestad sobre todos sus hijos menores, que era la representante legal de éstos y que podía comparecer en juicio por ellos, pero al excluir de la litis a varios de esos hijos y considerar incompleta la personería de la parte demandada, violó la sentencia los preceptos anotados, toda vez que la presencia en juicio de la misma señora Contreras implicaba la de todos los hijos representados por ella. "Procediendo, como procedió —dice el recurso— evidentemente el sentenciador infringió directamente el Art. 13 de la Ley 45 de 1936, el Art. 307 del C. C., lo mismo que los Arts. 401, 402, 403 y 404 del mismo cuerpo legal, o, cuando menos, los aplicó en forma indebida".

Consideraciones de la Corte

I. La acción de reclamación del estado civil de hijo natural, conocida por lo común con el nombre de acción de filiación natural, se la debe promover frente al presunto padre natural y en algunos casos frente a la madre natural, pero a falta de estos progenitores por razón de su muerte, se la puede instaurar frente a sus herederos. El Art. 7º de la Ley 45 de 1936 preceptúa que "las reglas de los artículos 395, 398, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil, se aplican también al caso de la filiación natural". Importa recordar aquí que la jurisprudencia tiene establecido que, por razones de su conexión indivisible con esta materia, también se aplica a la filiación natural la regla del Art. 402 del C. Civil, precepto inexplicablemente omitido en la enumeración del citado Art. 7º de la Ley 45 (LIX-2025, 694).

Si la acción aludida se propone y ventila frente al presunto padre natural, como legítimo contradictor que es, el fallo que pronuncia o deniega la declaración de paternidad natural produce efectos generales o erga omnes, según los Arts. 401, 402 y 403 del C. Civil (LXXX-2154, 364 y 480).

Si por muerte del presunto padre natural, se instaura la acción de filiación frente a sus herederos, los efectos de la sentencia no son entonces sino relativos, esto es, que ella sólo afecta a los herederos que fueron llamados a la litis.

Cumple recordar también que, como ya lo ha expuesto la Corte (LXXIX-2150, 439), la acción de filiación natural que se promueve frente a los herederos del presunto padre natural, no requiere ni produce entre éstos la formación de un litisconsorcio pasivo necesario, sino simplemente facultativo o voluntario. El estado civil es por esencia indivisible, pero en estos casos no se trata de hacer valer esta característica, sino de oponer ese estado a dichos herederos supuesto en el cual se lo puede probar y establecer frente a uno o varios de los mismos causahabientes, a fin de que se surtan sus efectos respecto de quienes son demandados. El litisconsorcio que entonces se forma entre los herederos demandados, es meramente voluntario y trae por tanto las consecuencias de que se pueda producir sentencia de fondo frente a esos demandados y de que el fallo no afecte sino a quienes fueron llamados a la litis (LIX-2025, 695).

II. El primer cargo que aparece formulado contra la sentencia radica en que el juicio quedó afectado de las nulidades consistentes en la ilegitimidad de personería de la parte demandada y en la falta de citación o emplazamiento de varios de los herederos del difunto Gilberto Clavijo, señalado como presunto padre natural.

En el libelo inicial de este juicio se demandó de manera expresa a la señora Josefa Contreras y a los menores Raquel Marina, José Gilberto y Ligia Socorro Clavijo Contreras, la primera como cónyuge sobreviviente y los demás como herederos del extinto señor Clavijo, representados por su madre, la propia señora Contreras. Estos demandados fueron citados y comparecieron a la litis en la forma legal, de modo que respecto de ellos no se incurrió en la nulidad consistente en falta de citación o emplazamiento.

Sucedió que en el mismo libelo se dijo que también se demandaba "en general a todos los herederos y sucesores del señor Clavijo" y que una vez notificada dicha demanda, la cónyuge supérstite, señora Contreras, confirió poder a su abogado y dijo comparecer al juicio en su propio nombre y en representación de sus hijos impúberes César Augusto e Iván Millet Clavijo Contreras. Más tarde el personero del demandante elevó un memorial destinado a adicionar la demanda inicial en el sentido de incluir entre los demandados a los dos menores que se acaban de nombrar y a otros herederos del difunto Clavijo. Esta adición no fue admitida, porque los juzgadores de mérito consideraron que dicha parte actora había introducido ya una primera adición y que era improcedente otra segunda. El negocio continuó su curso y fue resuelto en la forma que se ha expuesto.

La demanda de casación alega que en el juicio se incurrió en nulidad por falta de citación o emplazamiento de los herederos que se nombraron en la adición de la demanda que no fue admitida y por ilegitimidad de la personería de la parte demandada.

Los Arts. 205 y 737 del C. Judicial señalan los requisitos que debe cumplir la demanda inicial de un juicio. Entre esas exigencias figura la relativa a la determinación de los nombres de las partes o de sus representantes, es decir, que en esa pieza deben aparecer las partes determinadas por sus nombres. Aquellos preceptos no autorizan la designación de las partes mediante expresiones genéricas que no permitan su conocimiento individual, como se pretendió hacer en este caso al expresar que se demandaba en general a los herederos y sucesores del extinto Gilberto Clavijo. Esa designación indeterminada no es de recibo sino en los casos excepcionales que la ley señala, y ello para el efecto de buscar la comparecencia de personas desconocidas que puedan tener interés en ciertos negocios. Aquí no se trata de ninguno de esos eventos especiales y por tanto no puede considerarse que hubieran quedado incluídos en la parte demandada los herederos del señor Clavijo que no fue-

ron determinados por sus nombres en la demanda inicial de esta litis. Y no figurando como demandados tales supuestos herederos, no era necesario citarlos ni emplazarlos para que comparecieran al juicio, ni en ninguna nulidad se incurrió por no haberlos citado ni emplazado.

No sobra recordar a este propósito que se incurre en la nulidad por falta de citación o emplazamiento en la forma legal cuando al juicio no se cita o emplaza a personas que han sido designadas como demandadas y que figuran en la parte demandada, pero no cuando no se cita ni emplaza a quienes no aparecen demandados ni son partes en la litis. Así lo ha expuesto varias veces la Corte, como puede verse en casaciones de agosto 29 de 1944 (LVIII-2010, 554) y de noviembre ocho de 1954 (LXXIX-2149, 45).

Y en cuanto concierne a la supuesta nulidad por ilegitimidad de la personería de la parte demandada, cumple anotar: primero, que los demandados expresa e individualmente nombrados en la demanda, concurrieron al juicio en debida forma; segundo, que, no requiriéndose en este caso la formación de un litisconsorcio pasivo necesario, la acción de filiación podía instaurarse y ser resuelta frente a los herederos demandados y con efectos limitados a estos mismos sucesores; tercero, que no se incurrió en nulidad por ilegitimidad de la personería de la parte demandada por las circunstancias de no haberse demandado, citado ni emplazado a varios de los herederos del pretendido padre natural del demandante y de ventilarse el juicio sólo frente a otros sucesores del mismo difunto, señor Clavijo.

Todo lo cual lleva a la conclusión de que en este juicio no se produjeron las nulidades que se denuncian. Y cabe además recordar que, como lo tiene repetido la Corte, las nulidades causadas por la ilegitimidad de personería o por la falta de citación o emplazamiento, no pueden ser alegadas sino por el litigante que no estuvo debidamente representado en el juicio o que no fue citado o emplazado en debida forma. (Cas., julio 13 de 1954, LXXVIII, 2144, 58. Cas., marzo 7 de 1958, LXXXVII, 2194, 410).

III) El segundo motivo se desarrolla diciendo que, al declarar la sentencia que no estaba debidamente integrada la parte demandada por no figurar en ella todos los herederos del presunto padre natural, no se vio que en la litis aparece actuando la señora Josefa Contreras, que esta señora representa como madre legítima a todos esos herederos, que por tanto la presencia de la misma señora en este juicio entraña también la presencia de dichos herederos en general y que por no considerarlo así aquella sentencia violó los artículos 13 de la Ley 45 de 1936, 307, 401, 402, y 404 del C. Civil.

La señora Contreras fue demandada y citada al juicio en su propio nombre y como representante legal de los menores a quienes también se designó en el libelo como demandados. Los otros herederos que no fueron demandados, no tenían por qué comparecer a la litis por sí mismos ni por conducto de su madre, la señora Contreras. Ni esta señora podía asumir la representación legal de los hijos suyos que no figuraban como demandados. Ella ha ejercido la representación de los menores que aparecen demandados, pero no podía ejercer la de otros herederos que no fueron llamados a la litis. Ni es admisible que la sola presencia en juicio de la misma señora implicara también la presencia de herederos que no son parte en el litigio, por el hecho de ser ella madre y representante legal de éstos.

Ningún quebranto de los preceptos anotados cometió la sentencia por no entender, como en realidad no podía entenderse, que la presencia de la señora Contreras implicara también la presencia en juicio de herederos no demandados, por ser ella su representante legal. Por donde se ve que tampoco aparece fundado el segundo cargo.

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 veintitrés de noviembre de mil novecientos sesenta y uno, dictada por el Tribunal Superior del Dis-

trito Judicial de Pamplona en este juicio sobre filiación natural promovido por el señor Rubén Darío Lara contra la señora Josefa Contreras viuda de Clavijo y los menores Raquel Marina, José Gilberto y Ligia Socorro Clavijo Contreras.

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

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RENDICION DE CUENTAS

Conversión del juicio especial en ordinario. — Condiciones para que en recurso de casación sea viable la acusación contra el fallo del Tribunal que decidió el ordinario. — Albacea con tenencia de bienes. — No le es aplicable la sanción establecida para los guardadores por el artículo 512 del C. Civil. — Nulidad de contrato celebrado por el cuentadante con terceros. — Esta acción no puede acumularse al ordinario de cuentas. — Rendición de cuentas del Albacea. — Al objetante de las cuentas corresponde la prueba de su objeción. — La sentencia definitiva en el juicio de cuentas debe determinar el saldo cierto que se quede a deber por una de las partes a la otra. — Naturaleza del incidente de que trata el artículo 553 del C. Judicial. — En el juicio de sucesión los bienes se justiprecian por su valor comercial. — Posiciones. — Los artículos 605, 606 y 621 del C. Judicial no establecen presunción alguna de confesión.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 22 de octubre de 1962, en el juicio ordinario seguido por Etelvina Forero de Rodríguez frente a José Torcuato Torres.

I

El litigio

Etelvina Forero de Rodríguez, diciendo obrar "en su carácter de titular única de los derechos hereditarios que Juan Evangelista Forero Guevara tuvo en la sucesión de su padre Leonardo Forero y también como titular de los derechos gananciales que le correspondieron a su finada madre María Guevara de Forero en la sociedad conyugal que tuvo formada con Leonardo Forero, derechos todos estos que le fueron reconocidos en el juicio de sucesión de Leonardo Forero", demandó, ante el Juez Civil del Circuito de Fusagasugá, a José Torcuato Torres, para que mediante el trámite previsto en los artículos 1120 y siguientes del Código Judicial, se le condenase a rendir a la actora cuentas comprobadas de la administración de los bienes que pertenecieron a la sucesión de Leonardo Forero, "desde el día siete de octubre de mil novecientos treinta y dos en adelante y en especial del producido de la finca denominada El Salitre ubicada en el municipio de Pasca", la que —se agrega— debe ser entregada material e inmediatamente a la demandante. Se funda el pedimento en que Leonardo Forero, en su testamento, nombró albacea con tenencia de bienes y curador de sus menores hijos María Etelvina y Juan Evangelista, al demandado, quien, desde el día 7 de octubre de 1932 en que murió el testador, había tomado la administración de sus bienes.

A esta demanda, que fue denegada por el Juez del Circuito, recayó en segunda instancia, en virtud de la apelación de la actora, la del Tribunal en que, revocando la del inferior se condenó a José Torcuato To-

rres, "a rendir cuentas comprobadas de la administración de los bienes que pertenecieron a la sucesión de Leonardo Forero, de la cual fue albacea, a partir de la fecha en que entró en el desempeño de su cargo hasta la fecha en que cesó en su ejercicio".

Rendidas por el responsable las cuentas, fueron contradichas por la actora, mediante las objeciones que pueden resumirse así:

Que el valor de los semovientes, consistentes en tres vacas, dos bueyes y una mula, de que debe responder Torres, no es el que se les asignó en los inventarios, sino el comercial, más lo que hayan producido.

Que los productos de las fincas llamadas "Piedra Petaca" y "El Hallazgo" y lote anexo, no son los que declara el cuentadante, sino mucho mayores, y que éste no expresa el producto de la finca llamada "La Victoria", de todos los cuales debe responder hasta el día en que justifique entregó los inmuebles a sus adjudicatarios.

Que, en relación con la finca de "El Salitre", no se rinde ninguna cuenta, afirmándose apenas que el causante Leonardo Forero sólo podía tener unos derechos pro indiviso en una supuesta comunidad, y que Torres, para evitarse reclamos de un señor Desté, creyó conveniente arreglar el problema de mejoras, sin tocar el derecho de propiedad; pero que ello no es cierto, porque el causante tenía al morir la posesión de esta finca, posesión que recibió Torres, por lo cual éste debe responder de ella y de sus frutos, mientras no demuestre que, en virtud de un fallo judicial proferido contra los herederos de Forero, se le privó de la posesión. Por lo tanto, el responsable debe incluir en las cuentas la producción de la finca "El Salitre", desde el día en que la recibió hasta aquél en que la entregue.

Que no se acepta la partida relativa al precio recibido por unas mejoras; y

Que en cuanto a los gastos por diversos conceptos y a los pagos de deudas, de que habla el escrito de las cuentas, tales erogaciones no se aceptan mientras no se comprueben. A lo cual, el objetante agrega algunas tachas en relación con el valor de jornales, gastos de herederos y pago de honorarios de peritos y de abogados en la sucesión de Leonardo Forero.

No habiendo asentido el demandado a las objeciones formuladas, transformóse así el juicio especial de cuentas en ordinario, a que recayó en primer término el fallo del juez **a-quo**, en que se declaró: que son fundadas las objeciones relativas a la venta de los semovientes, de cuyo valor actual y utilidad producida debe responder el demandado y la objeción referente a la venta del predio "El Salitre" y sus mejoras, que el reo está obligado a restituir, o a cancelar su valor actual más su utilidad; y que son infundadas las demás objeciones.

Por apelación de ambas partes, surtióse la segunda instancia, que culminó con la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 22 de octubre de 1962. En su parte motiva llega el sentenciador a la conclusión de que "las cuentas que se estudian deben ser modificadas para regularlas en la siguiente forma:

Ingresos

Producto líquido de los cultivos de papa, $ 3.200.00.

Producto venta de pastos, 2.304.00.

Venta mejoras en "El Salitre', 950.00.

Egresos

Sostenimiento de los menores Etelvina y Juan Evangelista Forero y útiles escolares, $ 7.035.00.

Gastos de última enfermedad, entierro, gastos judiciales, impuestos, deudas varias, $ 596.78.

Saldo a favor del cuentadante, 1.177.78.

Sumas iguales (s.e.u.o.) $ 7.631.78 ingresos, 7. 631.78, egresos.

Y, en su parte resolutiva, este último pronunciamiento que **reforma** la sentencia apelada, la que en consecuencia quedará así:

"Primero. **Declárase fundada** la objeción en cuanto a la venta de los semovientes recibidos por el albacea. En consecuencia el demandado José Torcuato Torres queda obligado a pagar a su demandante el valor de dichos seis (6) semovientes, junto con sus productos, en la forma indicada en la parte motiva de este proveído y para su determinación se seguirá el procedimiento indicado por el artículo 553 del C. J.

"Segundo. Apruébanse las cuentas rendidas por José Torcuato Torres a Etelvina Forero v. de Rodríguez, según lo dispuesto en la sentencia de veintiocho de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve proferida por este Tribunal, las que de acuerdo con las reformas indicadas en la parte motiva de este fallo quedan así: por ingresos la suma de seis mil cuatrocientos cincuenta y cuatro pesos ($ 6.454.00); y por egresos la suma de siete mil seiscientos treinta y un pesos con setenta y ocho centavos ($ 7.631.78).

"Tercero. Dedúcese, como consecuencia de lo declarado en el numeral anterior, un saldo a favor del cuentadante José Torcuato Torres por valor de un mil ciento setenta y siete pesos setenta y ocho centavos ($ 1.177.78) moneda corriente.

"Parágrafo. El saldo aquí indicado a favor del cuentadante se tomará en cuenta para deducirlo del valor que resultare de los semovientes.

"Cuarto. Sin costas en ninguna de las instancias".

II

El recurso extraordinario

Interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal últimamente referida el recurso de casación, ha venido su mandatario a sostenerlo ante la Corte, mediante libelo por el cual se proponen dos capítulos de acusación en el ámbito de la causal primera, porque —dice— la sentencia "viola la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", violación que "proviene de apreciación errónea de los elementos probatorios aducidos al juicio o de la falta de apreciación de varios de los elementos de prueba existentes en el expediente".

Primer capítulo. Bajo el enunciado de que "El Tribunal quebrantó en su fallo el contenido de los artículos 481, 483, 484, 463, 464, 468, 501, 504, 506, 512, 575, 576, en relación con los artículos 1353 y 1366 del Código Civil y también el 63 de la misma obra", se agrupan varios motivos de censura a saber:

a) Que cuando el testador, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1353, confiere al albacea la tenencia de los bienes hereditarios, éste queda sujeto a las mismas facultades y obligaciones que el curador de la herencia yacente y, por lo tanto, a las limitaciones establecidas en los artículos 575 y 576. Así, pues, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 483, de que es reflejo lo preceptuado en el artículo 1º de la Ley 67 de 1930, el albacea con tenencia y administración de bienes no puede vender inmuebles de la sucesión, sino con previo decreto judicial y en pública subasta. Ahora bien: obra en los autos la escritura número 391 de 5 de mayo de 1936, de la Notaría de Fusagasugá, por la cual José Torcuato Torres transfirió en venta a Enrique Desté la finca de "El Salitre", que pertenecía a la sucesión de Leonardo Forero, y se obligó a intervenir para que en esta mortuoria se le adjudicara la expresada finca a Desté. Si, pues, el albacea viola en este punto las normas legales, "es indudable que obra dolosamente, y, por lo mismo, se hace responsable de los perjuicios que se le sigan a los dueños de los bienes que administra".

Y, como lo dice Torres en la dicha escritura que otorgó a Desté, el causante Leonardo Forero adquirió el título de propiedad sobre la finca de "El Salitre", tiempo después de que Desté había obtenido igual título de otras personas —que fue consideración del contrato entre Torres y Desté—, y esto mismo lo repite el primero en las posiciones absueltas ante el Juez Municipal de Pasca como en otros documentos, o sea que Torres entregó a Desté una posesión amparada por un título y con un tiempo no menor de veinte años, lo que daba a los herederos de Forero una condición jurídica firme, resulta así probado plenamente el dolo con que obró Torres en la administración de los bienes de Forero, "por lo cual en el presente caso es de estricta aplicación el contenido del artículo 512 del Código Civil".

Habiendo el Tribunal tenido a la vista los documentos acompañados a la demanda, entre éstos la referida escritura número 391 de venta de Torres a Desté y las posiciones absueltas por el primero, "si no fijó su atención en todo su contenido para deducir las consecuencias legales que de los hechos allí probados se deducen esto deberá entenderse

como una falla del juzgador en la apreciación o estimación de la prueba, pero no puede aceptarse que no haya prueba de la conducta dolosa de José Torcuato Torres observada en la administración de los bienes que pertenecieron a la sucesión de Leonardo Forero".

Y se contradice el Tribunal, cuando de un lado sostiene que no es procedente en este juicio resolver nada sobre la validez o invalidez del contrato celebrado entre Torres y Desté mediante la escritura número 391 de 1936, y de otro lado acepta entre los ingresos relacionados en el activo de las cuentas rendidas por Torres la cantidad de $ 950.00 recibida por éste como precio de tal contrato. Entonces, al aceptar esta entrada como lícita, acepta el contrato celebrado por Torres y lo da por firme, imposibilitando a Etelvina Forero para atacarlo en otro juicio. Más, para poder darlo por válido, tendría que demostrarse que Torres al celebrarlo no violó el artículo 483 y los pertinentes del Código Civil.

Como en el presente caso está probado que Torres recibió para su administración la finca de "El Salitre", es claro que "ella debe aparecer en la relación de cuentas del responsable como también sus productos, y de eso debe responder hasta el día en que haga entrega material a su dueño. Pero, en la relación de las cuentas presentadas por José Torcuato Torres no comprende para nada la finca de 'El Salitre', luego las cuentas son incompletas".

A lo que podría agregarse que Torres, al comprometerse en favor de Desté, para hacer que a éste en la sucesión de Leonardo Forero se le adjudicasen las mejoras y la posesión del sobredicho fundo, "se puso voluntariamente en oposición con el interés de los herederos, conducta francamente dolosa como la califica el artículo 63 del Código Civil".

b) Que, aunque la sentencia declaró fundada la objeción relativa al precio de venta de los semovientes, —objeción consistente en que ese precio no podía ser el del avalúo que se les dio en el juicio de sucesión de Leonardo Forero, sino el correspondiente a su valor comercial y a lo que hayan producido desde el día en que murió el causante hasta el en que se pruebe que Torres hizo válidamente entrega de los mismos—, sin embargo el fallador dispuso que la determinación del valor que por este concepto adeude el responsable, sea hecha mediante el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial, lo cual desvirtúa la finalidad del juicio de cuentas, que es la de precisar quién debe a quién y cuánto, comoquiera que por esa decisión se remite a la demandante, para lograr tal objetivo, a una nueva actuación, siendo así que lo relativo al saldo de las cuentas debió quedar definido completamente en el juicio ordinario que siguió al especial. Si el juzgador ordena una actuación posterior, para determinar el valor de los semovientes y sus aumentos, ello se debe a que el responsable no lo concretó en las cuentas, o sea que éstas en esa parte son inaceptables, lo que otorga a la actora el derecho consagrado en el artículo 512 del Código Civil.

Finalmente, dice traer en su apoyo una cita de un notable tratado de Derecho Civil Francés, que según el impugnante expresa más o menos, en lo que podría relacionarse con sus propósitos, lo siguiente: Que, cuando la cuenta del guardador no se ha rendido, los intereses del faltante continúan aumentando contra el responsable, sin que pueda invocar la prescripción quinquenal a que aquel derecho se refiere, y de que el guardador saliente debe restituir, al mismo tiempo que el faltante en el día de la cuenta, los bienes del pupilo que ha recibido o comprado y que después conserva en naturaleza, y justificar la desaparición por caso fortuito de aquéllos que faltan o pagar su precio.

Capítulo segundo. Encabézase con la afirmación de que "El Tribunal quebrantó el contenido de los artículos 1366 y 1367 del Código Civil en relación con los artículos 314, 605, 606, 611, 621, 686, 687, 688 y 697 del Código Judicial"; y luego de rememorar la preceptiva de los dos textos primeramente citados y de insistir en la afirmación de que el demandado no incluyè en las cuentas que presentó los productos de la finca de "El Salitre", ni el precio comercial de los semovientes que vendió y sus productos, la censura expone los siguientes reparos:

a) Que el cuentadante, en lo que toca con los productos de las fincas de "Piedra

Petaca" y "El Hallazgo", presenta un resultado verdaderamente irrisorio, lo cual no es rendir cuentas debidamente justificadas.

Transcribe, para impugnarlo, el pasaje de la motivación de la sentencia recurrida, que dice:

"Por lo que hace a las afirmaciones del demandado en todo lo referente a la extensión de los terrenos, su calidad para explotarlos con cultivos y pastoreo, el cultivo por el sistema que llama 'porambía', están respaldadas por las declaraciones de Angel María Sanguino, Adolfo Morales, Alcides Torres, Carlos Camargo, Carlos García y Honorio Muñoz quienes, concorde y razonadamente, sostienen que conocen directamente los predios mencionados los que, dicen, son páramo y rocosos, llenos de montaña, de 'frailejón y güinche' por su calidad y estado no permiten sostener sino pocos animales y que la producción en ellos es escasa, a más de que el cuentadante la hacía por el sistema de 'porambía' con Angel María Sanguino quien desde la vida de Leonardo Forero estaba en dicho terreno fundándolo y desmontándolo".

Al respecto, se alega que el juzgador incurrió en graves errores de apreciación de la prueba, pues los testigos que agrupa, para hacerles decir una misma cosa en relación con las fincas a que se contraen las cuentas, no se refieren a todas éstas en conjunto, sino cada uno de ellos a una sola de las tres fincas. Así, por ejemplo Carlos García y Honorio Muñoz hablan de la finca de "El Salitre", la que no se comprende en las cuentas. Angel María Sanguino no dice en su declaración que él haya hecho sementeras en compañía de José Torcuato Torres, sino que afirma que el deponente ocupó parte de "El Hallazgo" como arrendatario y que en este fundo, en la porción no ocupada por él, se podían mantener cinco animales permanentemente. También Adolfo Morales se refiere a la misma finca de "El Hallazgo". Por manera que sólo Alcides Torres y Carlos Camargo deponen sobre la finca de "Piedra Petaca", en donde cultivaba Torres sementeras de papa, pero sin que estos testimonios expresen cuál podía ser el rendimiento efectivo de tales cultivos.

De donde el recurrente concluye que "el Tribunal al hacerle decir a los testigos cosas que no han declarado y estimar que ellos concuerdan en lo que declaran en los mismos hechos y circunstancias, incurrió en error de derecho violando el artículo 697 del Código Judicial y las otras disposiciones de la misma obra que he citado".

b) Que en la sentencia recurrida se estima como plena prueba de la partida relacionada en el pasivo, por razón de sotenimiento y educación de los menores hijos de Leonardo Forero, la confesión presunta de la demandante Etelvina Forero, sin tener en cuenta que la actuación que se siguió para declararla confesa carece de valor, porque cuando se le pidieron posiciones era, según las constancias del expediente, vecina del municipio de Pasca. Correspondía entonces al Juez Municipal de este lugar, comisionado para notificar la citación a la demandante y recibirle la absolución de las posiciones, el practicar las diligencias de que trata el artículo 621 del Código Judicial sobre emplazamiento de la misma. Pero no fue esto lo que se hizo, sino que, dada la relación del secretario del Juez del Circuito, acerca de haberse ausentado de Pasca Etelvina Forero, sin tenerse noticia de su residencia y de que por tal motivo no se fijaron las boletas de citación, se la emplazó por edicto del propio Juez del Circuito directamente. Así que, si las diligencias para que pudiera entenderse hecha la notificación a la emplazada no se llevaron a cabo por el juez del lugar en donde ésta tenía su domicilio, ningún valor tienen ni la declaración consignada en la providencia de 28 de noviembre de 1960 por la cual se estableció haber quedado hecha la notificación del auto citatorio y se señaló el punto de partida del término de la comparecencia (C. 5, F. 40), ni el proveído de 23 de marzo de 1961 en que se declaró confesa a la absolvente (C. 6, F. 4).

A lo cual se añade la circunstancia de que en escrito del apoderado de la demandante que obra al folio 22 del cuaderno número 3, se indicó la dirección de la casa en donde vivía Etelvina Forero, escrito que se puso en conocimiento de la contraparte sin que ésta hubiera hecho gestión alguna para que se practicase la prueba, siendo inaceptable lo dicho por el Juez en el auto sobre declaratoria de confeso, de que el apoderado estaba

obligado a presentar a la requerida para que absolviera las posiciones.

En conclusión, pide el libelo del recurso que se case la sentencia impugnada y, en su lugar, se reconozca a Etelvina Forero el derecho que le confiere el artículo 512 del Código Civil para estimar todos los perjuicios que le ocasionó la mala administración de José Torcuato Torres. Este libelo fue oportunamente contestado por el opositor.

III

Consideraciones de la Corte

Primer capítulo de la censura

a) El juicio especial de cuentas, destinado a definir entre las partes, por razón de la administración que una de ellas ha tenido de los bienes de la otra, quién debe a quién y cuánto, se convierte en ordinario, merced a las objeciones interpuestas por el demandante contra las cuentas presentadas, cuando las dichas objeciones no han sido aceptadas por el cuentadante (1132 C. J.). Así, la relación jurídico-procesal se cierra sobre las objeciones deducidas, que suministran la materia contenciosa dentro de cuyos límites ha de desenvolverse precisamente el litigio. Vale decir que, formuladas las objeciones en el término que el demandante tiene para ello, no podrá éste agregar después nuevos motivos de tacha, ni pretender, por lo tanto, que las cuentas sean discutidas en campos de interés jurídico distintos de los que se enmarcan en las objeciones oportunamente propuestas. Lo contrario implicaría un verdadero caso de incongruencia. Por lo mismo, tratándose del recurso de casación contra la sentencia del Tribunal que ha puesto fin al juicio ordinario de cuentas en que se transformó el especial, es preciso decir que la acusación, para que sea viable, tendrá que versar sobre la materia misma de las objeciones que hayan sido propuestas a su debido tiempo en la instancia, y no sobre cuestiones distintas, a que el recurso extraordinario no podría atender.

En el presente caso, en lo que se relaciona con la finca de "El Salitre", como está visto, el libelo de casación gira de modo vario sobre puntos a cuya definición —intenta decir— no atendió el Tribunal, a saber: perjuicios causados por Torres a causa de la enajenación que hizo a Desté mediante la escritura Nº 391 de 5 de mayo de 1936, de la Notaría de Fusagasugá; dolo que de parte de Torres implica esta enajenación, y de que se pretende deducir el derecho de la demandante a que se aplique en su favor y contra Torres el artículo 512 del Código Civil; contradicción del Tribunal al inhibirse de resolver sobre la validez o nulidad de tal contrato, y sin embargo aceptar entre los ingresos el valor del mismo, con violación del artículo 483 y demás pertinentes del Código Civil; y deficiencia en las cuentas del responsable, al no incluir en éstas los productos de la finca "El Salitre".

Pero, si bien se mira la objeción que en instancia se propuso en relación con el inmueble de "El Salitre", se encuentra que se redujo a afirmar que el demandado, so pretexto de tratarse de derechos pro indiviso en una supuesta comunidad y de que para evitarse reclamos de un señor Desté creyó conveniente arreglar el problema de mejoras, sin tocar para nada el derecho de propiedad, no rindió cuenta alguna de esa finca y de sus productos, de los cuales "debe responder mientras no presente la prueba consistente en que en virtud de un fallo judicial proferido contra los herederos de Leonardo Forero se le privó de la posesión", y que "en todo caso José Torcuato Torres está obligado a responder de los frutos de la finca de 'El Salitre' desde el día de la muerte de Leonardo Forero hasta aquél en que haga la entrega material de ella a los herederos de Leonardo Forero". Y agregó allí mismo el objetante: "En consecuencia objeto las cuentas presentadas, para que el responsable comprenda en ellas la producción de la finca de 'El Salitre' desde el día en que la recibió hasta aquél en que la entregue. No acepto la partida que se da por razón del pago de mejoras".

Quiere decir que de las cuestiones que respecto de este inmueble toca en casación el impugnante, no fueron materia comprendida en las objeciones, ni la relativa a perjuicios por la venta efectuada mediante la escritura número 391 de 5 de mayo de 1936, ni la referente a la nulidad de ese contrato, ni la atinente al dolo que solamente en el recurso extraordinario ha venido a imputársele al demandado, en razón de la misma venta.

Y aun en la hipótesis de que en la etapa de las objeciones se hubiera tratado del dolo ahora alegado, no podría decirse que el Tribunal violó por falta de aplicación el artículo 512 del Código Civil, porque en esta litis José Torcuato Torres fue condenado a rendir cuentas como albacea de la sucesión de Leonardo Forero; y porque el referido artículo 512, que establece una sanción contra los guardadores que no den cuenta verdadera de su administración o que en ésta fueren convictos de dolo, no es aplicable al albacea con tenencia de bienes, dado que el artículo 1353 a que se refiere el recurrente, si bien preceptúa que "el albacea tendrá, en este caso, las mismas facultades y obligaciones que el curador de la herencia yacente", guarda silencio en punto de sanciones, cuyo régimen no es aplicable por extensión ni analogía. Si, pues, respecto del albacea, el Art. 1366 sólo dice que éste "luego que cese en el ejercicio de su cargo dará cuenta de su administración, justificándola" y que "no podrá el testador relevarle de esta obligación", quiere decir que su falta en rendirlas franquearía el camino a la ejecución consagrada en el artículo 1125 del C. J., pero sin sometimiento a la sanción especial que para los guardadores establece el sobredicho artículo 512.

Por otra parte, si bien en el juicio de cuentas convertido en ordinario no hay inconveniente para ventilar las cuestiones concernientes a la responsabilidad general del cuentadante en el desempeño de su administración, todo sobre la base y en el ámbito de las objeciones oportunamente deducidas, sin embargo semejante posibilidad no se extiende hasta permitir que dentro de este juicio se decida sobre acciones que no se han ejercitado, ni podrían por su misma índole acumularse, como sería la relativa a la nulidad de un contrato celebrado por el cuentadante con terceros, que no son parte, ni están llamados a serlo, en el juicio de cuentas. Contémplase una finalidad que no podría perseguirse, sino por el ejercicio de una acción separada. No desacertó, pues, el Tribunal cuando estimó que no es procedente dentro de este juicio el decidir sobre la validez o invalidez del contrato contenido en la escritura número 391 del 5 de mayo de 1936.

Ni se contradijo, cuando ordenó incluir en el capítulo de los ingresos la cantidad de $ 950.00 por la venta de mejoras en "El Salitre", porque, si el responsable recibió esa cantidad como precio de tal venta, estaba obligado a contabilizarla, sin que ello arrebate a la actora la acción que pudiera tener y dejar a salvo para discutir con el tercero contratante la inoponibilidad o ineficacia de tal contrato.

De todo lo hasta aquí discurrido resulta que la censura en casación, en lo tocante con el predio "El Salitre" y sobre la base de la objeción que al respecto se formuló en el juicio, queda reducida al cargo de que el juzgador hizo caso omiso de la falta de rendición de cuentas de los frutos o productos de "El Salitre", con violación consecuencial de las disposiciones sustanciales que el recurrente cita.

Mas, el estudio de este punto permite considerar lo siguiente: Desde luego, el albacea obligado a rendir cuentas de su administración, debe incluir en ellas todos los ingresos obtenidos de los bienes que administra y relacionar por contra todas las erogaciones causadas en la conservación y manejo de los mismos bienes. Porque, rendir cuentas equivale a presentar una relación pormenorizada del giro de la administración, aduciendo los medios que sean legalmente indispensables para su comprobación. Pero, si hubo bienes que no produjeron frutos o aumentos o que dieron pérdidas, es claro que el albacea, según el citado artículo 1366, quedará exento de responsabilidad, dando la explicación justificada de tal ocurrencia; y si quienes están llamados a examinar las cuentas, como son los herederos, no asienten a esas explicaciones, entonces podrán objetar la cuenta, siendo de su cargo el demostrar, ya lo que los bienes produjeron y el albacea omitió contabilizar, ya lo que dejaron de producir por culpa del albacea.

En el caso de este juicio, el demandado, en lo atinente a la finca de "El Salitre", no incluyó en sus cuentas partida distinta de la de $ 500.00 como valor de la venta de mejoras; pero, por lo demás, a modo de justificación de la falta de otros rendimientos, expuso lo siguiente: "Problema especial ha tratado de establecer la demandante Etelvi-

na Forero sobre la llamada finca El Salitre, relacionada en la partida primera del inventario de la sucesión de Leonardo Forero y el cual obra en copia en el cuaderno número 2. En tal acta consta que se relacionó la finca El Salitre como de 100 fanegadas, **dentro de la comunidad de Corrales y Juan Viejo**, de las cuales a la época del inventario apenas **había 6 fanegadas descumbradas, pero enrastrojadas** y el resto en montaña, todo de mala calidad" (C. 3, Fl. 9 v.).

Y esta explicación del cuentadante aparece acreditada con la diligencia de inventario surtida el 4 de marzo de 1938, en el juicio de sucesión de Leonardo Forero (C. 2, Fl. 7), diligencia en la cual, bajo la partida primera del activo, se relacionó tal inmueble así: "Un lote o globo de tierra denominado 'El Salitre', situado dentro de la comunidad de 'Juan Viejo y Corrales' en jurisdicción del municipio de Pasca que tiene una extensión aproximada de unas cien fanegadas, de las cuales hay seis descumbradas pero enrastrojadas y el resto en montaña de clima frío y por tanto de mala calidad, haciendo constar que una gran porción de la finca se compone de riscos y peñascos absolutamente estériles..." Además de esta relación, encuéntranse las declaraciones de Dámaso Torres, Estrella Parada de Torres y Víctor Riaño G., corrientes a los folios 17v. a 20 del cuaderno número 5, rendidas entre los días 5 y 6 de julio de 1960, de que resulta: que la zona de "El Salitre" eran bosques en 1932; que los que querían entrar a ocuparlos tenían que hacer desmontes y caminos para establecer sus fundaciones; que en 1932 Leonardo Forero solamente tenía allí una pequeña roza para iniciar la fundación, y de 1932 a 1936 Enrique Desté —que en los linderos del predio figura como colindante en ocupaciones— ensanchó sus rocerías por el sur y por el oriente de "El Salitre" y así ocupó gran parte del terreno, llegando a pasarse hasta las tierras de "Colorados"; que todo lo llamado "El Salitre" que Leonardo Forero decía pertenecerle, lo ocupó Enrique Desté como comunero en "Corrales"; y que de 1932 a 1938, esas tierras eran solamente bosques que apenas se estaban abriendo para establecer fundaciones, y por lo lejos y por la falta de caminos no se aprovechaban ni las maderas que se sacaban de los bosques, porque no dejaban ninguna utilidad.

Contra la apreciación de estas pruebas, a que no se refirió expresamente el sentenciador, pero cuyo conocimiento de las mismas se presume, no adujo cargo alguno en casación el recurrente, y, por lo mismo, no cabe desconocer su eficacia demostrativa, que concurre a sostener la decisión recurrida en cuanto se abstuvo de acoger la objeción formulada relativamente a la no contabilización de frutos o productos de la finca "El Salitre".

Obran también, en apoyo de esta consecuencia, las declaraciones de Carlos García Lanza y Honorio Muñoz, quienes hablan de que los pastos en "El Salitre" son frailejón y güinche, explicando el último de estos declarantes que le "consta por conocer esas tierras que son muy malas para el pasto, pues cuando yo estuve casi todo era arrabal y por esto son muy pocos los animales que se pueden mantener en esa región", y que "en las partes paramosas de esas tierras la vegetación común es de frailejón y güinche que poco se usa para mantener animales". Por lo mismo, el ataque que inadecuadamente hizo el impugnante contra la estimación de estas dos últimas declaraciones, tomándolas al efecto en conjunto con otros testimonios referentes a los predios de "Piedra Petaca" y "El Hallazgo" y "Boca del Monte", no demuestra que el Tribunal hubiera incurrido en error alguno en esa apreciación.

Quiere, pues, decir que el albacea demandado justificó ante el sentenciador de instancia la no productividad de la finca "El Salitre" y que, por lo tanto, corría a cargo de la actora el aducir pruebas competentes que invalidasen el mérito de esa justificación. **Como lo tiene enseñado la Corte, en doctrina a que se refiere el Tribunal, "quien examina la cuenta presentada por un administrador tiene facultad amplia para objetarla y exigir que se deduzcan a cargo del responsable ingresos dejados de percibir por mala administración o ejercicio incorrecto de sus funciones. Sólo que, para que las deducciones puedan hacerse, es necesario que quien hace las observaciones pruebe plenamente la mala administración o el ejercicio incorrecto de funciones y que a conse-**

cuencia de tales vicios el administrador dejó de percibir ingresos que debían beneficiar el patrimonio que administra" (LXXXIII, 2174/75, Pág. 801).

Ahora bien: no resulta que el sentenciador hubiese dejado de apreciar pruebas demostrativas de culpabilidad del demandado en el punto de que se trata; y, en lo que mira a las exigencias del recurso extraordinario, no se encuentra que el acusador haya formulado en este particular cargo alguno concreto por indebida estima o falta de apreciación de medios que ni siquiera la censura cita.

b) Aunque es razonable el reparo que hace el impugnante de que, respecto del precio de venta de unos semovientes, el sentenciador no debió condenar en abstracto, remitiendo a los litigantes al procedimiento del artículo 553 del Código Judicial para la fijación de ese valor, dado que la sentencia definitiva en el juicio de cuentas debe determinar el saldo cierto que se quede a deber por una de las partes a la otra, la censura no induce a la infirmación del pronunciamiento, por las siguientes razones:

1ª Porque el punto no encaja dentro de motivo alguno de nulidad procesal (C. J. Arts. 448 y concordantes), de lo que menos podría tratarse ahora, no habiéndose planteado la causal sexta del artículo 520 ibídem;

2ª Porque, en lo decisorio, la condena por el precio de los semovientes, formulada en abstracto en la sentencia, no quedó deferida, en cuanto a la determinación de su cuantía, a un juicio distinto, ya que el trámite postrimero del artículo 553 no es sino una prolongación inseparable del juicio en que se produce y la resolución que en ese trámite recaiga señalando la cuantía que estaba ilíquida, no es sino un complemento de la sentencia definitiva, de la que recibe su aliento y a la que da su dimensión precisa; y

3ª Porque, si por virtud de una infirmación del fallo recurrido, en razón del motivo contemplado, entrase ahora la Corte a proferir la sentencia de remplazo, hallaría que, contra la partida indicada por el cuentadante como precio de venta de los semovientes, no adujo el objetante prueba alguna de que ese precio fuese mayor o de que hubiera debido serlo, habiéndose limitado a alegar, en la etapa de las objeciones, que el avalúo de tales semovientes, hecho en el juicio de sucesión de Leonardo Forero y por el cual dijo el responsable haberlos vendido, no correspondía a su valor comercial, considerando que la estimación efectuada en la causa mortuoria sólo se hizo para los efectos impositivos y demás actos propios de tal juicio. Alegación que por sí sola nada demuestra, pues que debe presumirse que tales bienes fueron estimados en el juicio de sucesión, por su valor comercial, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 37 de la Ley 63 de 1936, orgánica de los impuestos sobre la masa global hereditaria, asignaciones y donaciones, precepto según el cual "Los bienes se justiprecian por el valor comercial que tienen en el momento de practicarse el avalúo...". Y si como lo tiene reconocido la doctrina de la Corte, en el juicio de cuentas no se alteran en lo general los principios jurídicos que regulan las probanzas, según uno de los cuales el que alega un cargo debe demostrarlo y con mayor razón cuando ese cargo agrava la obligación o deuda del responsable, de modo que si, indicando el cuentadante una cantidad como ingresos, el objetante afirma no ser ella cierta, le corresponde a éste demostrar que la deuda es mayor o sea comprobar su objeción (LXXXIII, Págs. 804 y 805), en el presente caso querría decir que, no habiendo la objetante demostrado que el precio de la venta de los semovientes fue superior al declarado como tal por el cuentadante, tendría le Corte que señalar como cantidad adeudada por este concepto la indicada por el responsable, lo que sin embargo no podría decidir así en contra del interés que propugna el recurrente, pues incurriría en una reformatio in pejus, no permitida por el derecho.

Se desestiman, en consecuencia, las tachas contenidas en el primer capítulo de la censura.

Consideraciones sobre el Capítulo Segundo

a) Como atrás se vio, el primer reparo de esta sección gira sobre la afirmación de que, habiendo presentado al cuentadante un resultado irrisorio de los productos de las

fincas de "Piedra Petaca" y "El Hallazgo", el juzgador se acogió sin embargo a semejante resultado, merced a la apreciación equivocada de las pruebas, tarea en la cual hizo decir a los testigos cosas que no han declarado, y supuso que ellos concuerdan en unos mismos hechos y circunstancias, con lo que infringió el artículo 697 del C. J.

Aunque el recurrente intenta aquí un ataque, por errores de hecho y de derecho confundidos, haciendo una acusación a través del planteamiento global del problema probatorio, en busca de que la Corte se forme una convicción diferente a la que tuvo el juzgador de instancia, nada de lo cual es procedente en el recurso extraordinario, si por amplitud se entrase en el estudio del cargo, se encontraría que no logra la finalidad a que aspira.

Porque, aunque el sentenciador aunó los varios testimonios a que la censura alude, para presentar una conclusión general acerca de las condiciones de las sobredichas fincas, sin embargo de que cada uno de los declarantes no se refiere á todas ellas, es lo cierto que dos de los mismos o sea Angel María Sanguino y Adolfo Morales deponen concordemente sobre las denominadas "El Hallazgo" y "Boca del Monte", y otros dos o sea los testigos Alcides Torres y Carlos Camargo, sobre la llamada "Piedra Petaca". Lo que excluiría el error de derecho, si de éste se tratase. Y si fuera una imputación por yerro de hecho la ensayada, tampoco aparece que el Tribunal hubiera visto estas pruebas de modo distinto a como obran en el proceso. Verdad es que el testigo Angel María Sanguino no dice que él haya hecho sementeras en compañía de José Torcuato Torres, circunstancia esta que el Tribunal tuvo por probada. Mas, caso de que no fuese cierta, en nada afectaría la conclusión general sacada por el sentenciador, la cual, respecto de los fundos "El Hallazgo" y "Boca del Monte", se apoyaría directamente en la dicha declaración de Sanguino y en la de su concordante, Adolfo Morales.

Y por sobre todas estas consideraciones, se impone la de que, no habiendo la objetante demostrado en el juicio que los productos de los referidos predios fueron mayores que los declarados por el cuentadante o dejaron de serlo por culpa de éste, debe estarse a lo afirmado por el mismo. Valga al efecto la doctrina arriba expuesta.

b) No menos ineficaz resulta el cargo por error de derecho que se imputa al Tribunal en cuanto acogió la declaratoria de confesa de la demandante, como prueba de la partida relacionada en el pasivo por sostenimiento y educación de los menores Etelvina y Juan Evangelista Forero.

Porque, aparte que la demandante fue buscada en el lugar que ella misma señaló en el juicio como el de su domicilio (C. 1, Fl. 32); que el artículo 621 del Código Judicial Ord. 2º excusaba la fijación de las boletas notificativas, desde luego que la requerida en posiciones se había ausentado de su domicilio y en el momento en que se la buscó se ignoraba su residencia (actuación del 11 al 15 de julio de 1960, C. 5º folios 7v. a 9), sin que se haya probado que allí dejase parientes, amigos o relacionados suyos; y que el emplazamiento fue legítimamente hecho por el Juez del Circuito, que lo era el de la causa, sin que pudiese serlo por el Juez del municipio de Pasca, que apenas había sido comisionado para citar personalmente a la Forero a la absolución de posiciones y recibírsela, todo lo cual deja ver que no se cometieron irregularidades en el emplazamiento de la demandada, sin que la indicación que a última hora hiciese su apoderado de la residencia de ella en otra parte cambiase la situación procesal, resulta que, aunque así no fuese, es lo cierto que el impugnante no señaló en este cargo el precepto de valoración probatoria que, en la hipótesis de irregularidades en la citación de la requerida absolvente, hubiera sido quebrantado, comoquiera que **el artículo 621 del C. J. únicamente indica el procedimiento citatorio al respecto, pero no consigna presunción alguna de confesión contra el litigante que citado en la forma del dicho artículo 621, no comparece a absolver las posiciones en la debida oportunidad; ni los artículos 605 y 606 ibídem son los correspondientes al caso, pues el primero trata de los requisitos generales para la validez de la confesión, y el segundo consagra el valor de la confesión judicial, disponiendo en su última parte que contra la confesión presunta se puede aducir plena prueba que la desvirtúe. Pero, ninguno de estos tex-**

tos establece la presunción de confesión que el recurrente pretende fue indebidamente aplicada por el sentenciador. Así que, por no haberse citado el texto de valoración probatoria pertinente, el cargo sería incompleto y, por lo tanto, inadmisible.

Por lo demás, este extremo del fallo se basa en la aplicación expresa que hizo el Tribunal del artículo 2181 del Código Civil al caso del pleito, punto sobre el cual no hubo ataque en el recurso.

No prosperan, pues, los cargos.

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 octubre de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

Sala de Casación Penal

Extractos elaborados por el Relator Judicial de la Sala de Casación Penal, Doctor Diego E. Cristancho.

INTERPRETACION DE VEREDICTOS

Homicidios independientes entre sí, pero conexos materialmente. — Indivisibilidad del veredicto. — La Corte mantiene su doctrina al respecto. — Los términos de la respuesta dada a "un mismo cuestionario" no deben separarse para aceptar los unos y rechazar los otros. — Al existir dos cuestionarios y sobre delitos distintos, el Jurado tenía que dar dos respuestas, independientes la una de la otra. — Cada delito, en el caso de autos, exigía un veredicto sobre autoría material y sobre responsabilidad penal. — Juzgamiento con la plenitud de las formas propias del juicio. — Cuándo es contradictorio un veredicto. — Invocación de las causales 4ª y 7ª de casación penal.

1. La Corte sostiene su doctrina, de acuerdo con la cual "el veredicto es una pieza indivisible, que hay que acoger o rechazar en su integridad, porque de otra manera se mixtificaría la determinación del Jurado y se desnaturalizaría el juicio popular. La ley no autoriza a los jueces de derecho para calificar de justas unas respuestas y de impertinentes otras, cuando hagan parte del mismo cuestionario, puesto que interpretar el veredicto es acomodar la voluntad del tribunal de conciencia a la ley, y no tratar de ajustarlo a la concepción mental y jurídica del intérprete, por buenos que sean los razonamientos que éste aduzca para pretenderlo". De ello se desprende claramente que los términos de la respuesta dada a un "mismo cuestionario" no deben separarse, para aceptar los unos y rechazar los otros. Si el jurado, por ejemplo, en un caso de homicidio, afirmare la responsabilidad del incriminado, pero aceptare, a la vez, una diminuente, no sería lícito al Juez de derecho separar las varias partes del veredicto, para recoger el primer concepto y negar el segundo, porque ello equivaldría, como indicó la Corte, a mixtificar la determinación del tribunal popular y desnaturalizar el juicio respectivo.

El veredicto es, pues, indivisible. Bajo la vigencia del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, porque la respuesta es única, aunque el jurado pueda agregar a ella las explicaciones que juzgue del caso, para dar al juez de derecho una base seria de interpretación.

Cosa semejante ocurría bajo el sistema adoptado por el Código de Procedimiento Penal. Al jurado se hacían varias preguntas

para determinar el hecho material y fijar la responsabilidad del procesado, pero, ellas, en conjunto, formaban un solo cuestionario y las respuestas un solo veredicto. Hecho el escrutinio del caso, el Juez de derecho tendría como veredicto aquellas respuestas que hubiesen logrado la unanimidad o la mayoría. Conocido el veredicto, no podía este ser dividido en forma alguna, calificando de justas unas respuestas y de injustas otras.

2. Si se trataba de dos homicidios, independientes entre sí, pero conexos materialmente, el juez de derecho, en el juicio único que se adelantó para juzgar de ellos, tenía que someter al jurado dos cuestionarios, para determinar la responsabilidad del procesado en cada uno de los delitos cometidos, como, en realidad, ocurrió.

Ello quiere decir que, al existir dos cuestionarios y sobre delitos distintos, el jurado tenía que dar dos respuestas, independientes la una de la otra, como que cada una de ellas resolvía una distinta situación. En otras palabras: cada delito exigía un veredicto sobre autoría material y sobre responsabilidad penal. No es el caso, por tanto, de afirmar que las respuestas dadas por el jurado vengan a constituir un solo veredicto. Son dos veredictos, perfectamente definidos y absolutamente independientes el uno del otro, como independientes son los delitos a los cuales se refieren. Al examinarlos separadamente, no se ha desnaturalizado el juicio popular, ni se ha mixtificado la determinación del jurado, como sí ocurriría si se confundiera una de las infracciones con la otra.

3. Era necesario que los funcionarios, en las instancias, tomaran los veredictos, en su concreta individualidad y como tales los tratan, con lo cual, lejos de quitar derecho, se daba al procesado y a la sociedad la oportunidad de debatir nuevamente lo que no se juzgó correctamente apreciado por un primer tribunal popular.

No hubo, pues, fraccionamiento del veredicto, ni se procedió arbitrariamente. Simplemente, se acataron las demostraciones procesales, al aceptar uno de los veredictos proferidos y al desechar el otro. No está probada, por consiguiente, la existencia de la nulidad de carácter constitucional que se alega, ya que al reo se le juzgó "observando la plenitud de las formas propias del juicio".

4. Para sostener que se ha dictado sentencia sobre un veredicto contradictorio, se parte de un hecho falso: que las dos respuestas pronunciadas por el jurado constituyen un solo veredicto, como que tienden a resolver una sola situación jurídica. Pero ello no es así. Como se explicó anteriormente, hay dos veredicciones, en forma tal que la una no puede tenerse como explicación de la otra, como no se ha de admitir tampoco que la respuesta dada a la segunda cuestión venga a determinar la que pudiera otorgarse a la primera o viceversa.

El veredicto es contradictorio cuando de sus términos se desprende la afirmación y a la vez la negación del mismo hecho —en este caso la responsabilidad—. Y ya se sabe que las respuestas del jurado, sobre las cuales se pronunció la sentencia impugnada, son afirmativas ambas de responsabilidad. No envuelve contradicción la primera, como tampoco la segunda. Más aún: ellas interpretan realmente la verdad procesal, como se indicó antes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio 2 de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos

Cumplidos los trámites legales, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor y el procesado Paulino Angulo Ariza, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil el 30 de octubre de 1964, mediante la cual se condenó a este último a la pena principal de diez (10) años y tres (3) meses de presidio, como responsable del delito de homicidio, confirmando así la dictada por el Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito.

Hechos

Al anochecer del domingo 9 de abril de 1961, Belarmino Tirado Galeano y Andrés Alza transitaban en compañía por un camino público que del municipio de Chipatá conduce a la vereda de "La Paz". Se detu-

vieron frente a la escuela rural de "El Rocío" a platicar con la maestra de la misma, quien les escuchaba desde la puerta del establecimiento.

Por el citado camino y en la misma dirección se dirigía, posteriormente, Paulino Angulo Ariza montando un caballo. Al llegar al punto donde se encontraba Tirado y Alza se produjo entre los tres alguna incomodidad lo que dio por resultado que este último exclamara un "cuidado me atropella" o frase parecida. Paulino volteando su cabalgadura se enfrentó a los dos caminantes. Andrés tomó al animal por las riendas para evitar su arremetida. Se produjo luego un cruce de palabras y acciones no bien claras a consecuencia de las cuales perdieron la vida de manera violenta Belarmino Tirado y Andrés Alza. Paulino Angulo resultó con algunas lesiones que le fueron causadas por Tirado en el momento en que, herido de muerte, se encontraba en tierra.

Actuación procesal

Concluída la investigación de los hechos anteriores, el Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de San Gil, con sede en el Socorro, llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, a Paulino Angulo Ariza, por el delito de homicidio en Belarmino Tirado Galeano y Andrés Alza Chacón. Tal auto aparece fechado el 29 de mayo de 1963.

El 18 de noviembre del mismo año, se llevó a cabo la primera audiencia pública en cuya oportunidad se sometió al Jurado una primera cuestión relacionada con la responsabilidad de Angulo Ariza en la muerte de Belarmino Tirado Galeano en las condiciones de tiempo, modo y lugar que señalan los hechos del proceso. Esta pregunta fue respondida de manera negativa.

En el segundo cuestionario sometido a la consideración del Juri, se preguntó sobre la responsabilidad de Angulo en la muerte de Andrés Alza Chacón en las mismas condiciones en que ocurrió la de Tirado. La respuesta del juez de hecho fue de que "sí lo mató pero en riña imprevista".

El Juzgado declaró contrario a la evidencia procesal el veredicto relacionado con la cuestión primera y estimó que el relativo a la segunda debía aceptarse por hallar respaldo probatorio. El Tribunal Superior de San Gil confirmó íntegramente esta decisión.

Convocado un nuevo Jurado a él se sometió únicamente la cuestión relacionada con la responsabilidad de Angulo Ariza en la muerte de Tirado Galeano. "Sí", fue el veredicto del tribunal de conciencia.

Sobre la base de esta respuesta y la producida en la primera audiencia en relación con la muerte de Alza Chacón, se produjo la sentencia de primer grado la que fue confirmada el 30 de octubre de 1964 por el Tribunal Superior de San Gil, siendo ahora esta última objeto del recurso de casación.

Demanda de casación

El doctor Carlos Sotomonte Camacho, en representación del procesado Paulino Angulo Ariza, presenta ante la Corte demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil. Reúne ella los requisitos que las disposiciones pertinentes señalan para esta clase de recursos.

Invoca el actor, en su orden, las causales 4ª y 7ª del artículo 567 del C. de P. P.

Con relación a la primera causal alegada, dice el recurrente que se presentó en el procedimiento para juzgar a su defendido una nulidad de tipo supralegal que conculcó o desconoció los derechos constitucionales de defensa que le asisten a todos los sindicados. Expresa que el juicio está viciado de nulidad por haberse arbitrariamente fraccionado el primer veredicto, "rechazando lo favorable y admitiendo lo que al sindicado hacía perjuicio" y por convocar un jurado distinto para someterle a su consideración sólo un especto del hecho, "o más precisamente, uno de los dos resultados del mismo, siendo que el fallo de responsabilidad en el homicidio de Alza, incidía en el juzgamiento por el homicidio en Tirado, y viceversa".

Sostiene la demanda que al fraccionarse el primer veredicto y sometérsele al nuevo jurado una sola cuestión, al buscar dos jurados para un mismo hecho, fue incorrecto el procedimiento, lo que originó la merma de la defensa del sindicado. "Además —agrega— aceptado como está que el hecho fue único con dos resultados, y siendo

el principal cometido en el curso de una riña imprevista, el accesorio rigurosamente presentaba idéntica modalidad". Así se pone de presente la falla de tipo constitucional en que incurrió el fallador, lo que hace nula la actuación.

Por lo que toca con la causal 7ª alegada —dictarse la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio— la demanda afirma que en vez de caprichosamente fraccionarse el primer veredicto, aceptando un término de la contradicción por evidente, y rechazando el otro por contraevidente, ha debido declararse contraevidente todo el veredicto. "Las dos respuestas se excluían, pues tratándose del mismo hecho con doble resultado, no era posible convenir que uno había sido en legítima defensa y el otro en riña imprevista, porque era tanto como aceptar que el sindicado tenía y no tenía responsabilidad".

Concluye el libelo afirmando que no era posible dictar una sentencia sobre esos veredictos así concebidos ya que se excluyen, porque un mismo hecho no puede originar diversa responsabilidad. "Es ilógico aceptar al tiempo dentro del cuerpo de una misma sentencia que sea más y menos responsable". Lo indicado era declarar la contradicción.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en su concepto de fondo, se muestra acorde con las pretensiones de la demanda. Afirma que los falladores de instancia "incurrieron en tremendo error judicial, en un manifiesto despropósito, generador de la nulidad supralegal denunciada por el actor".

Fundamenta su argumentos el señor Procurador Delegado en una jurisprudencia de la Corte, según la cual "el veredicto es una pieza indivisible, que hay que acoger o rechazar en su integridad, porque de otra manera se mixtificaría la determinación del jurado y se desnaturalizaría el juicio popular".

Transcribe luego el señor Agente del Ministerio Público la continuación de la anterior doctrina, calificada por él de "sapientísima". Dice así: "La ley no autoriza a los jueces de derecho para calificar de justas unas respuestas y de impertinentes otras, cuando hagan parte del mismo cuestionario, puesto que interpretar el veredicto es acomodar la voluntad del tribunal de conciencia a la ley, y no tratar de ajustarlo a la concepción mental y jurídica del intérprete, por buenos que sean los razonamientos que éste aduzca para pretenderlo".

Critica el colaborador Fiscal de la Corte la sentencia del Tribunal de San Gil, afirmando que ésta se estructuró partiendo de un supuesto falso, como fue el de creer que cada una de las respuestas dadas por el primer Jurado que intervino en el juicio, equivale a un veredicto, "cuando lo cierto es que esas dos respuestas corresponden a las dos preguntas que componen el primer cuestionario, siendo por lo mismo evidente que no son dos sino que es uno el veredicto emitido al responder los jueces de hecho el cuestionario del folio 185 del cuaderno 1º".

Como secuela del anterior procedimiento, estima el señor Procurador Delegado que se quebrantó notoriamente el derecho de defensa del procesado, consagrado en el artículo 26 de la Carta, por lo cual resulta clara la nulidad supralegal aducida por el recurrente y, por tanto, viable la causal cuarta de casación.

Se considera

a) Sobre la causal 4ª de casación

1º La Corte sostiene su doctrina, de acuerdo con la cual "el veredicto es una pieza indivisible, que hay que acoger o rechazar en su integridad, porque de otra manera se mixtificaría la determinación del jurado y se desnaturalizaría el juicio popular. La ley no autoriza a los jueces de derecho para calificar de justas unas respuestas y de impertinentes otras, cuando se hagan parte del mismo cuestionario, puesto que interpretar el veredicto es acomodar la voluntad del tribunal de conciencia a la ley, y no tratar de ajustarlo a la concepción mental y jurídica del intérprete, por buenos que sean los razonamientos que éste aduzca para pretenderlo". De ello se desprende claramente que los términos de la respuesta dada a un "mismo cuestionario" no deben separarse, para aceptar los unos y rechazar los otros. Si el jurado, por ejemplo, en un caso de homici-

dio, afirmare la responsabilidad del incriminado, pero aceptare, a la vez, una diminuente, no sería lícito al juez de derecho separar las varias partes del veredicto, para recoger el primer concepto y negar el segundo, porque ello equivaldría, como indicó la Corte, a mixtificar la determinación del tribunal popular y desnaturalizar el juicio respectivo.

El veredicto es, pues, indivisible. Bajo la vigencia del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, porque la respuesta es única, aunque el jurado pueda agregar a ella las explicaciones que juzgue del caso, para dar al juez de derecho una base seria de interpretación.

Cosa semejante ocurría bajo el sistema adoptado por el Código de Procedimiento Penal. Al jurado se hacían varias preguntas para determinar el hecho material y fijar la responsabilidad del procesado, pero, ellas, en conjunto, formaban un solo cuestionario y las respuestas un solo veredicto. Hecho el escrutinio del caso, el juez de derecho tendría como veredicto aquellas respuestas que hubiesen logrado la unanimidad o la mayoría. Conocido el veredicto, no podía éste ser dividido en forma alguna, calificando de justas unas respuestas y de injustas las otras.

2º Lo anterior parece claro y es aceptado por el señor Procurador, en su concepto de fondo. Pero no es aplicable al caso en estudio, en la forma pretendida.

En efecto, Paulino Angulo Ariza dio muerte, en la tarde del 9 de abril de 1961 a Belarmino Tirado Galeano y a Andrés Alza, en las circunstancias que narran las hojas de este cuaderno. Cometió dos homicidios, conexos entre sí, pero cada uno de ellos con individualidad propia y perfecta independencia. Su juzgamiento se hizo bajo una misma cuerda para dar cumplimiento al artículo 54 del C. de P. P., de acuerdo con el cual "los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso". El juicio que terminó con la sentencia impugnada se refirió a ambas infracciones, pues era necesario que a su término, se hiciese la acumulación de penas de acuerdo con el artículo 33 del C. P., y por tratarse de una conexidad material, en que cada delito tuvo vida independiente, si bien se vio unido al otro por un nexo de carácter objetivo.

Por consiguiente, si se trataba de dos homicidios, independientes entre sí, pero conexos materialmente, el juez de derecho, en el juicio único que se adelantó para juzgar de ellos, tenía que someter al jurado dos cuestionarios, para determinar la responsabilidad del procesado en cada uno de los delitos cometidos, como, en realidad, ocurrió.

3º Ello quiere decir que, al existir dos cuestionarios y sobre delitos distintos, el jurado tenía que dar dos respuestas, independientes la una de la otra, como que cada una de ellas resolvía una distinta situación. En otras palabras cada delito exigía un veredicto sobre autoría material y sobre responsabilidad penal. No es el caso, por tanto, de afirmar que las respuestas dadas por el jurado sobre la responsabilidad de Angulo Ariza por la muerte de Belarmino Tirado Galeano y sobre responsabilidad del mismo Angulo Ariza por la muerte de Andrés Alza, vengan a constituir un solo veredicto. Son dos veredictos, perfectamente definidos y absolutamente independientes el uno del otro, como independientes son los delitos a los cuales se refieren. Al examinarlos separadamente, no se ha desnaturalizado el juicio popular, ni se ha mixtificado la determinación del jurado, como sí ocurriría si se confundiera una de las infracciones con la otra.

4º Las constancias procesales indican que entre Angulo Ariza y Andrés Alza hubo un cambio de palabras, en primer término, y luego, que el occiso, ante la arremetida del procesado, tomó las riendas del caballo que éste montaba y le quitó luego un rejo que lanzó contra el atacante, sin resultado alguno. Belarmino Tirado, en cambio, limitó su intervención en el lance, a tratar de calmar a quienes discutían o reñían. Lo cual indica que el homicida estaba en distinta situación frente a los occisos. Dio muerte a quien se le oponía y mató también a quien reclamaba calma. Herido, Alza no alcanzó a ejecutar el menor movimiento; en cambio, Tirado tuvo aliento para tomar su revolver y disparar contra Angulo Ariza.

Esto explica la razón que tuvo el jurado para responder, en forma bien diferente por cierto, a las dos cuestiones que se le propusieron. Afirmó la responsabilidad de An-

gulo Ariza por la muerte de Alza, si bien como realizada en los eventos de una riña imprevista. Negó la responsabilidad de Angulo Ariza por la muerte de Tirado, pensando quizás que, ante éste, aquél había obrado en defensa de su vida, de acuerdo con insinuaciones hechas en la audiencia pública.

5º Estudiadas las veredicciones, tanto el juez de la primera instancia como el Tribunal encontraron que el proferido a favor de Angulo Ariza por la muerte de Belarmino Tirado era claramente contrario a la evidencia procesal, y aceptó el referente a la muerte de Alza, porque para él se encontró algún asidero en las constancias procesales.

Con ello no se quitaba el derecho o facultad de defensa a Angulo Ariza, pero ni siquiera se le limitaba. Fue aceptado el veredicto que afirmaba la responsabilidad atenuada del reo por la muerte de Alza. Y fue rechazado en cambio, el que, por su notorio apartamiento de las pruebas reunidas en el juicio, implicaba una marcada injusticia. ¿Qué se diría, por consiguiente, si aceptando la tesis de la demanda, se declararan contraevidentes ambos veredictos, y en un segundo juicio público, se afirmara por el jurado la responsabilidad de Angulo Ariza en la muerte de Alza y de Tirado, lisa y llanamente, esto es, sin la menor atenuación?

6º Era, pues, necesario que los funcionarios, en las instancias, tomaran los veredictos, en su concreta individualidad y como tales los trataran, con lo cual, lejos de quitar derecho, se daba al procesado y a la sociedad la oportunidad de debatir nuevamente lo que no se juzgó correctamente apreciado por un primer tribunal popular.

No hubo, pues, fraccionamiento del veredicto, ni se procedió arbitrariamente. Simplemente, se acataron las demostraciones procesales, al aceptar uno de los veredictos proferidos y al desechar el otro. No está probada, por consiguiente, la existencia de la nulidad de carácter constitucional que se alega, ya que a Angulo Ariza se le juzgó "observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

b) **Sobre la causal 7ª de casación.**

Para sostener que se ha dictado sentencia sobre un veredicto contradictorio, se parte de un hecho falso: que las dos respuestas pronunciadas por el jurado constituyen un solo veredicto, como que tienden a resolver una sola situación jurídica. Pero ello no es así. Como se explicó anteriormente, hay dos veredicciones, en forma tal que la una no puede tenerse como explicación de la otra, como no se ha de admitir tampoco que la respuesta dada a la segunda cuestión venga a determinar la que pudiera otorgarse a la primera o viceversa.

El veredicto es contradictorio cuando de sus términos se desprende la afirmación y a la vez la negación del mismo hecho —en este caso la responsabilidad—. Y ya se sabe que las respuestas del jurado, sobre las cuales se pronunció la sentencia impugnada, son afirmativas ambas de responsabilidad. No envuelve contradicción la primera, como tampoco la segunda. Más aún: ellas interpretan realmente la verdad procesal, como se indicó antes.

Y careciendo de toda validez esta segunda causal, es el caso de rechazarla.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, NO INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil, que ha sido objeto del presente recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. 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.

PREVARICATO

Interpretación de los Arts. 408 y 407 del C. de P. P. — Elementos constitutivos del prevaricato. — No cabe afirmar que exista dolo y responsabilidad en el Juez que interprete equivocadamente la ley, por error o falibilidad. — En el caso de autos, la imputación hecha a Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, no da base alguna que configure el delito de prevaricato atribuído a los sindicados. — Aplicación del precepto contenido en el Ord. 1º del Art. 437 del C. de P. P.

1. Es claro que en el precepto del Art. 408 del C. de P. P. se alude a procesos simultáneos, en uno de los cuales se haya concedido al sindicado la gracia de la libertad mediante fianza. No a que se dé una especie de antecedente que excluya tal gracia, aún respecto de procesos ya fenecidos. Y mucho menos en cuanto a aquéllos en que el sindicado es absuelto. Sólo cuando el procesado fue objeto de un fallo condenatorio, no puede ser beneficiado con la excarcelación en un nuevo proceso por los delitos de homicidio, lesiones personales, hurto, estafa o abuso de confianza, de acuerdo con el artículo 407 del C. de P. P.

2. Estimó la Sala de Decisión del Tribunal Superior pertinente el Art. 418 del C. de P. P., para conceder al procesado el beneficio de excarcelación, pues encontró deficiente el sumario en lo que respecta al mérito para llamar a juicio al sindicado, a más de que había transcurrido un lapso muy superior al de treinta días.

Puede concluirse, como lo hace el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, que esa apreciación del **ad-quem** haya sido equivocada y que en ese momento sí se contaba con el mínimo de prueba señalado en el artículo 429 del C. de P. P. para llamar a juicio al sindicado. Pero de este único yerro no se desprende la infracción penal de que se sindica a los Magistrados objeto de la acusación, puesto que es indispensable que se obre de mala fe, con el conocimiento de que se viola la ley. Si así no fuese, se erigiría en delito la simple equivocación en que se incurra.

Ni aún en el supuesto de que las normas tomadas en cuenta por los acusados hubieran sido erradamente entendidas, cabe deducir responsabilidad penal, pues, si bien corresponde esperar de quienes tienen a su cargo la delicada misión de administrar justicia una atinada aplicación de la ley, lo cual pone de presente el buen criterio jurídico del juzgador, no por ello se puede afirmar que exista dolo y responsabilidad en el juez que la interprete en forma equivocada, por error o falibilidad. Mal se puede incurrir en delito únicamente porque el juez no se acomode a las pretensiones de una de las partes, ni siquiera cuando, de buena fe, ha hecho una interpretación errada de un precepto legal.

Ha dicho la Corte que "en los jueces cabe error, como humanos que son, pues es de su naturaleza la falibilidad en las apreciaciones y la disparidad de criterios, la existencia de las cuales no sería suficiente para deducir el ánimo doloso de obrar contra derecho, pues para esto haría falta acreditar otras circunstancias que demostraran sin equívocos la intención criminosa", (auto de 3 de junio de 1957. G. J. T. LXXXV, Pág. 420).

Y en otras oportunidades ha señalado esta Sala que "el solo hecho de haber dictado una providencia contraria a una de las par-

tes y favorable a la otra, no implica que se haya inspirado en animadversión a la una y simpatía a la otra; se requiere la prueba de que, en verdad, el funcionario, bajo la acción de uno de esos sentimientos, actuó contrariamente a la ley", (auto de 9 de diciembre de 1946, G. J. T. LXII, Pág. 195; sentencias de 7 de diciembre de 1951, G. J. T. LXX, Pág. 913, y de 21 de mayo de 1957, G. J. T. LXXXV, Pág. 187; auto de 25 de julio de 1957, G. J. T. LXXXV, Pág. 794).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio 6 de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Procede la Sala a calificar el mérito del sumario adelantado contra los doctores Luis Felipe Palacios, Gilberto Hoyos Ripoll y Diofanor Peñas. Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, por el delito de prevaricato que les imputó el señor Santander León y B., el cual desprende el denunciante de los siguientes hechos:

En el mes de noviembre de 1961 se inició un proceso penal contra el señor Ciro A. Durán, por el delito de lesiones personales del que fueron víctimas, entre otros, el señor Santander León y B., negocio en el cual se dispuso la encarcelación preventiva de aquél.

Con fundamento en que al momento de ordenarse la encarcelación preventiva de Durán, los Médicos Legistas no habían señalado las consecuencias de las lesiones que causara a los señores Eduardo Marceles, Arturo Aycardi y Santander León y B., el apoderado de Ciro A. Durán solicitó para su mandante el beneficio de excarcelación. Esta gracia fue negada por el funcionario de instrucción, quien se apoyó en el hecho de que el procesado, al cometer el delito, estaba gozando de una excarcelación provisional por delitos de la misma naturaleza.

Posteriormente se insistió por el representante de Durán en la solicitud de excarcelación de éste, basándose en esta ocasión en lo previsto en el artículo 418 del C. de P. P., beneficio que otorgo el Juzgado 4º Penal del Circuito de Barranquilla. Y como el juez se declaró impedido por enemistad con el apoderado de la parte civil, el proceso pasó al Juzgado 2º Penal del Circuito de la misma ciudad, en donde fue revocada la providencia que concedió tal gracia de libertad al sindicado.

Contra lo resuelto, apelaron tanto el procesado Ciro A. Durán como su personero, habiéndole correspondido conocer del recurso a los Magistrados objeto de la denuncia, doctores Palacios, Hoyos Ripoll y Peñas; quienes revocaron el auto materia de la alzada y dispusieron, en consecuencia, conceder el beneficio de excarcelación a Durán.

Esta determinación del ad-quem le dio pie al denunciante, señor Santander León y B. para imputar el delito de prevaricato a los aludidos Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, pues estima que no se tuvo en cuenta el mandato contenido en el artículo 408 del C. de P. P., a más de que no era pertinente la gracia de libertad caucionada de que se ha hecho mención.

Cabe anotar que la resolución del ad-quem fue precedida del concepto favorable del Ministerio Público, y que solicitada la reposición, fue negada en proveído de ocho de noviembre de mil novecientos sesenta y dos.

La Sala considera

La averiguación adelantada no da base alguna para afirmar la ocurrencia del delito de prevaricato atribuído a los sindicados, ni de ninguna otra infracción penal.

Se tiene, en efecto:

1. El día ocho de febrero de mil novecientos sesenta y dos, el Juzgado 4º Penal Municipal de Barranquilla sobreseyó definitivamente en favor de Ciro Durán Fernández, por el delito de lesiones personales de que fue víctima el señor Miguel Zambrano Carbonell, resolución esta que fue confirmada por el Juzgado 2º Penal del Circuito de la misma ciudad, en proveído de veinte de junio del mismo año de mil novecientos sesenta y dos. (Fls. 120 y 128 del Cd. 2º).

Por razón de este proceso se había concedido al citado Durán el beneficio de excarcelación.

Es obvio, entonces, que la condición de sindicado por tal asunto y las obligaciones inherentes al beneficio de libertad caucionada de que gozó Durán por razón de ese proceso, cesaron al quedar confirmado el auto de sobreseimiento definitivo de que se ha hecho referencia, o sea el día 20 de junio de 1962.

En estas circunstancias, el Tribunal Superior de Barranquilla, el día 9 de agosto de 1962, no podía tomar en consideración la norma contenida en el artículo 408 del C. de P. P., para negar al mismo Ciro Durán Fernández el beneficio de libertad mediante fianza, concedido en el negocio que le fue adelantado por el delito de lesiones personales en el señor Santander León y B. y otros, pues lo que el precepto citado prohibe es que existan excarcelaciones simultáneas.

Dice, así, el referido artículo 408: "Los individuos que sean sumariados por un nuevo delito mientras estén gozando de excarcelación, no tendrán derecho a ella en el proceso que se les adelante por ese nuevo delito, siempre que en las diligencias respectivas haya motivo suficiente para decretar la detención".

Es claro que se alude a procesos simultáneos, en uno de los cuales se haya concedido al sindicado la gracia de la libertad mediante fianza. No a que se dé una especie de antecedente que excluya tal gracia, aun respecto de procesos ya fenecidos. Y mucho menos en cuanto a aquéllos en que el sindicado es absuelto. Sólo cuando el procesado fue objeto de un fallo condenatorio, no puede ser beneficiado con la excarcelación en un nuevo proceso por los delitos de homicidio, lesiones personales, hurto, estafa o abuso de confianza, de acuerdo con el artículo 407 del C. de P. P

2. Estimó la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Barranquilla pertinente el artículo 418 del C. de P. P., para conceder al señor Durán el beneficio de excarcelación, pues encontró deficiente el sumario en lo que respecta al mérito para llamar a juicio al sindicado, a más de que había transcurrido un lapso muy superior al de treinta días.

Puede concluirse, como lo hace el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, que esa apreciación del **ad-quem** haya sido equivocada y que en ese momento sí se contaba con el mínimo de prueba señalado en el artículo 429 del C. de P. P. para llamar a juicio al citado Durán. Pero de este único yerro no se desprende la infracción penal de que se sindica a los Magistrados objeto de la acusación, puesto que es indispensable que se obre de mala fe, con el conocimiento de que se viola la ley. Si así no fuese, se erigiría en delito la simple equivocación en que se incurra.

Ni aún en el supuesto de que las normas tomadas en cuenta por los acusados hubieran sido erradamente entendidas, cabe deducir responsabilidad penal, pues, si bien corresponde esperar de quienes tienen a su cargo la delicada misión de administrar justicia una atinada aplicación de la ley, lo cual pone de presente el buen criterio jurídico del juzgador, no por ello se puede afirmar que exista dolo y responsabilidad en el juez que la interprete en forma equivocada, por error o por falibilidad. Mal se puede incurrir en delito únicamente porque el juez no se acomode a las pretensiones de una de las partes, ni siquiera cuando, de buena fe, ha hecho una interpretación errada de un precepto legal.

Ha dicho la Corte que "en los jueces cabe error, como humanos que son, pues es de su naturaleza la falibilidad en las apreciaciones y la disparidad de criterios, la existencia de las cuales no sería suficiente para deducir el ánimo doloso de obrar contra el derecho, pues para esto haría falta acreditar otras circunstancias que demostraran sin equívocos la intención criminosa" (auto de 3 de junio de 1957, G. J., T. LXXXV, p. 420).

Y en otras oportunidades ha señalado esta Sala que "el solo hecho de haber dictado una providencia contraria a una de las partes y favorable a la otra, no implica que se haya inspirado en animadversión a la una y simpatía a la otra; se requiere la prueba de que, en verdad, el funcionario, bajo la acción de uno de esos sentimientos, actuó contrariamente a la ley" (auto de 9 de diciembre de 1946, G. J., T. LXII, p. 195; sentencias de 7 de diciembre de 1951. G. J., T. LXX, p. 913, y de 21 de mayo de 1957, G. J.,

T. LXXXV, p. 187; auto de 25 de julio de 1957, G. J., T. LXXXV, p. 794).

Como se dijo antes, no resulta demostración de que los doctores Palacios, Hoyos Ripoll y Peñas hayan incurrido en infracción penal alguna, siendo del caso dar aplicación al precepto contenido en el ordinal 1º del artículo 437 del C. de P. P., como lo solicita el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal en su concepto sobre el mérito del sumario.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor de los doctores Luis Felipe Palacios, Gilberto Hoyos Ripoll y Diofanor Peñas, en relación con los cargos que les formuló el señor Santander León y B.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
MINISTERIO DE JUSTICIA

DELITO DE HOMICIDIO, EN SU ESPECIE DE TENTATIVA. — NULIDAD DE TIPO SUPRALEGAL.

Acusación a la sentencia con base en la causal 4ª de casación prevista en el Art. 567 del C. de P. P. — Violación del Art. 28 de la Ley 4ª de 1943. — Características del homicidio frustrado en relación con el homicidio-tentado. — Homicidio imposible. — En los juicios con intervención del Jurado, el auto de proceder es la base sobre la cual debe redactarse el cuestionario. — Necesaria armonía entre el auto de proceder, el cuestionario y la sentencia. — Juzgamiento sin el lleno de las formas propias del juicio. — Infracción del Art. 26 de la C. N.

1. El homicidio frustrado (Art. 17 del C. P.) tiene características bien semejantes, por cierto, con el homicidio-tentado. Sólo que en éste se da principio a la ejecución del hecho, mientras que en aquél se cumple todo lo necesario para que el delito se consume, tanto en el campo subjetivo, como en el objetivo. A ambas figuras es común el dolo o intención de causar la muerte y su no consumación por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

En el homicidio imposible (Art. 18 del C. P.) existe la intención de causar la muerte y su consumación por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

En el homicidio imposible (Art. 18 del C. P.) existe la intención de matar y actos encaminados a alcanzar ese resultado. Sólo que el deceso de la víctima no se logra, por la imposibilidad del medio, o por la inexistencia o inidoneidad de la víctima, circunstancias independientes de la voluntad del actor.

2. Ha sostenido la Corte que, en los juicios con intervención del Jurado, el auto de proceder es la base sobre la cual debe redactarse el cuestionario, que es una síntesis de aquél, y que la sentencia, por ser desarrollo o interpretación del veredicto, debe encontrarse en armonía con aquellas premisas.

"Si esta armonía se rompe, porque el juez formula el cuestionario arbitrariamente, saliéndose del auto de proceder y consignando circunstancias distintas a las allí determinadas, sencillamente viola con ello el Art. 28 de la Ley 4ª de 1943, que indica de manera clara cómo debe redactarse el interrogatorio que han de absolver los jurados. Y en esa forma impide que éstos puedan calificar los hechos punibles materia del debate, como lo manda el artículo 480 del C. de P. P.

"Y al condenar a una persona en tales condiciones, sin el lleno de las formas propias del juicio, se infringe el artículo 26 de la Constitución Nacional, encaminado a tutelar las garantías que deben darse al procesado en su juzgamiento".

3. En el caso de autos, aquella necesaria armonía entre auto de proceder, cuestionario y sentencia aparece rota, porque la pregunta hecha al Jurado, al abarcar situaciones jurídicas disímiles, por la ninguna precisión en sus términos, impedía una respuesta segura sobre lo solicitado y colocaba en difícil situación al juez de derecho para conocer el verdadero sentido de la misma. Distinto habría sido si al Jurado se hubiese sometido una pregunta, en la cual fueran incluídos los hechos con las particulares circunstancias en que se realizaron, porque, en tal caso, la respuesta sólo podría referirse al problema planteado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio nueve de mil novecientos sesenta y cinco.
(Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos

El procesado Ramón Medina Salguero fue condenado a la pena principal de siete años y medio de presidio, como responsable del delito de homicidio imperfecto, por el Tribunal Superior de Ibagué, en sentencia de 7 de octubre de 1964. Contra el referido fallo recurrió en casación Medina S., quien, por medio de apoderado especial, sustentó el recurso ante la Corte.

Es la oportunidad de decidir, ya que los trámites legales que el recurso exige, se han cumplido a cabalidad.

Hechos

En la vereda de "Soledad", municipio de Anzoátegui, en las primeras horas de la mañana, del 12 de noviembre de 1961, Casimiro Reyes transitaba por el sitio llamado "Baltimore", en compañía de su esposa Rosalbina Morales, de su cuñado Isaac Morales y del menor Dionisio Mogollón, cuando le fue hecho un disparo con arma de fuego, el que se localizó en la parte superior del hombro izquierdo. Medina Salguero fue sindicado y posteriormente condenado, como autor del mencionado disparo.

Demanda de casación

Acusa la sentencia del Tribunal de Ibagué el señor apoderado de Medina S., con base en la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P. Alega la existencia de una nulidad de tipo supralegal y solicita de la Corte que invalide el fallo recurrido y ordene reponer el procedimiento a partir del momento en que se presentó la nulidad.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su concepto de fondo, acepta los planteamientos expuestos en la demanda y da por probados los cargos hechos contra la sentencia recurrida. Solicita, en consecuencia, que se declare nulo lo actuado en el proceso, a partir del auto de 26 de septiembre de 1963 y que se devuelva el negocio a la oficina de origen para que se reponga el procedimiento.

Se considera

a) La base para la acusación de la sentencia impugnada es la causal cuarta de casación, prevista en el artículo 567 del C. de P. P. Se afirma, en efecto, en la demanda, que la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, el 7 de octubre de 1964, se produjo en un juicio viciado de nulidad.

Dos son los cargos formulados, como se puede ver en las transcripciones que siguen:

1º ' En el auto de proceder se llama a Medina a responder en juicio criminal por el delito de homicidio 'imperfecto', en el grado de tentativa, pues según se dice en la mencionada providencia, el Juzgado 'no halla que se hubieran agotado todos los actos propios para obtener el fin propuesto'. Sin embargo en el cuestionario, como es fácil apreciarlo, sólo se preguntó al Juri si el acusado era responsable de 'haber intentado voluntariamente causar la muerte de Casimiro Reyes', pero no se dice allí si esa muerte se causó o no, y si no se causó por qué".

"... De manera que al interrogar al Tribunal de Conciencia en forma incompleta, se violó claramente el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943 y consecuencialmente el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque el proceso olvidó sus formas propias, y no en cualquier momento o de cualquier modo, sino precisamente el acto más importante del juicio, que es el del momento de interrogar al Tribunal popular sobre la responsabilidad del acusado".

2º "El artículo 431 del C. de P. P. establece que el auto de proceder, debe constar entre otras cosas de 'la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen' y el artículo 198 del mismo Código, en su numeral octavo, establece como causal de nulidad en los procesos penales 'el haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción'.

"El Juzgado Segundo Superior dictó auto de proceder contra el recurrente el 28 de mayo de 1963, auto confirmado por el H. Tribunal, y en él se llamó a Ramón Medina a responder en juicio criminal por el delito de 'homicidio imperfecto' (Fl. 96). En esta

forma el mencionado proveído violó el artículo 431 del C. de P. P. pues en lugar de dar una calificación genérica al hecho, le dio una calificación específica e incompleta que no contempla el Código Penal, porque en el capítulo referente al homicidio no se encuentra la especie de 'imperfecto'; este resulta de una modalidad ejecutiva dada con carácter genérico en el Libro I, Capítulo I, Título I del Código, que es aplicable a toda clase de delitos".

Con apoyo en los anteriores razonamientos, se pide a la Corte que invalide el fallo recurrido, "de conformidad con lo establecido en el ordinal b) del Art. 570 del C. de P. P. y se ordene reponer el procedimiento a partir del auto que fijó fecha para sorteo de jurados".

1º Procede la nulidad de carácter sustancial alegada con fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues al ser violado el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, se desatendieron las formas propias del juicio y se quebrantó, al mismo tiempo, el derecho de defensa de Ramón Medina Salguero.

Dice, en efecto, el artículo 28 de la ley citada que "el cuestionario que el Juez someterá al Jurado, al principiar la audiencia pública, se formulará así: El acusado N. N. es responsable de los hechos (aquí se determinará el hecho o los hechos materia de la causal conforme al auto de proceder determinando las circunstancias que lo constituyan, sin darle denominación jurídica)".

En el auto de proceder se llamó a juicio a Ramón Medina Salguero, "por el delito de Homicidio Imperfecto cometido en la persona de Casimiro Reyes..." En la parte motiva de dicha providencia, se determinaron las circunstancias constitutivas del delito, en estas palabras: "El evento citado en primer lugar se caracteriza por la resolución del agente de perpetrar el homicidio, que no se consuma por causas ajenas a su voluntad, pero que entraña, desde luego, un principio de ejecución de la conducta que define el tipo delictivo".

Por consiguiente, se llamó a juicio al procesado por un delito de homicidio, en su especie de tentativa, ya que, de acuerdo con las voces empleadas, en el caso se resumen exactamente los elementos constitutivos de la mencionada figura delictiva, señalados en el artículo 16 del C. P., así:

1º Existió el propósito de matar. Medina quiso eliminar a Reyes.

2º Se dio principio a la ejecución del designio, esto es, el sujeto activo de la infracción cumplió actos ejecutivos, pues se puso en contacto inmediato con la víctima o sujeto pasivo de la misma; y

3º El hecho no se consumó por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Si ello es así, al interrogar al jurado, el Juez de Derecho debió indicar el hecho delictuoso, determinando sus circunstancias características, para evitar que él pudiera confundirse con distinta figura delictiva y para concretar, de otra parte, la defensa encomendada al mandatario judicial de Medina Salguero.

Al jurado se preguntó:

"El acusado Ramón Medina Salguero, es responsable de haber intentado voluntariamente causar la muerte de Casimiro Reyes.

.....'....."

Esta fórmula no concreta el cargo deducido contra el recurrente en el auto de proceder y es de tal forma confusa que podría referirse a un homicidio-tentado, o a un homicidio frustrado, o a un homicidio imposible, pues en todos esos casos sería lícito hablar de "intentar causar la muerte voluntariamente".

El homicidio frustrado (Art. 17 del C. P.) tiene características bien semejantes, por cierto, con el homicidio-tentado. Sólo que en éste se da principio a la ejecución del hecho, mientras en aquél se cumple lo necesario para que el delito se consume, tanto en el campo subjetivo, como en el objetivo. A ambas figuras es común el dolo o intención de causar la muerte y su no consumación por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

En el homicidio imposible (Art. 18 del C. P.) existe la intención de matar y actos encaminados a alcanzar ese resultado. Sólo que el deceso de la víctima no se logra, por la imposibilidad del medio, o por la inexis-

tencia o inidoneidad de la víctima, circunstancias independientes de la voluntad del actor.

Ha sostenido la Corte que, en los juicios con intervención del Jurado, el auto de proceder es la base sobre la cual debe redactarse el cuestionario, que es una síntesis de aquél, y que la sentencia, por ser desarrollo o interpretación del veredicto, debe encontrarse en armonía con aquellas premisas.

"Si esta armonía se rompe, porque el juez formula el cuestionario arbitrariamente, saliéndose del auto de proceder y consignando circunstancias distintas a las allí determinadas, sencillamente viola con ello el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, que indica de manera clara cómo debe redactarse el interrogatorio que han de absolver los jurados. Y en esa forma impide que éstos puedan calificar los hechos punibles materia del debate, como lo manda el artículo 480 del C. de P.P.

"Y al condenar a una persona en tales condiciones, sin el lleno de las formas propias del juicio, se infringe el artículo 26 de la Constitución Nacional, encaminado a tutelar las garantías que deben darse al procesado en su juzgamiento".

Pues bien. En el caso de Medina Salguero, aquella necesaria armonía entre auto de proceder, cuestionario y sentencia aparece rota, porque la pregunta hecha al jurado, al abarcar situaciones jurídicas disímiles, por la ninguna precisión en sus términos, impedía una respuesta segura sobre lo solicitado y colocaba en difícil situación al juez de derecho para conocer el verdadero sentido de la misma. Distinto habría sido si al jurado se hubiese sometido una pregunta, en la cual fueran incluídos los hechos con las particulares circunstancias en que se realizaron, porque, en tal caso, la respuesta sólo podría referirse al problema planteado.

2º Al prosperar el primer cargo contra la sentencia recurrida, no es el caso de entrar al estudio del segundo, que se refiere a una nulidad de carácter legal, no alegada en las instancias 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, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, INVALIDA el fallo recurrido y ORDENA reponer el procedimiento a partir del auto de 26 de septiembre de 1963 (Fl. 133 del cuaderno principal), en el cual se señaló fecha para el sorteo de jurados, para lo cual debe volver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

Sentencia. — "Verdad real" distinta de la declarada en el proceso. — Para reparar el error judicial se ha creado la REVISION, que es una acción tendiente a desvirtuar la presunción de verdad de la cosa juzgada. — Normas que regulan este recurso y finalidad específica de las mismas. — Presupuestos probatorios en extremo exigentes para que prospere el recurso. — Causal 5ª de revisión.

1. Mediante el pronunciamiento jurisdiccional que se llama sentencia, el juez declara el derecho en un caso concreto, poniendo fin a la controversia. Y se entiende que ese fallo entraña lo justo en relación con el asunto decidido, constituyendo la verdad definida en el proceso.

Sin embargo, es posible que, terminado un juicio, el órgano jurisdiccional, a través de los medios probatorios que la ley prevé, adquiera la convicción de que la "verdad real" es distinta de la declarada en la sentencia. Entonces debe prevalecer el supremo interés de la justicia. Y para reparar el error judicial se ha creado la **revisión**, que los procesalistas modernos, en general, definen como una acción tendiente a desvirtuar la presunción de verdad de la cosa juzgada.

Las normas que en nuestro Código de Procedimiento Penal regulan el recurso extraordinario de revisión se inspiran en estos principios, y, consecuentemente, tienen la finalidad específica de **tutelar la inocencia del condenado**. Por ello —lo ha dicho la Corte en repetidas oportunidades— para que dicho recurso prospere es preciso demostrar que el hecho criminoso no existió, o que, habiendo existido, resulta a la postre que el condenado es inocente o irresponsable, o que la condenación obedeció a pruebas secretas, o que provino de la imposibilidad del caso 1º del Art. 571 del C. de P. P.

2. Bien se comprende que dada la trascendental finalidad de la revisión en materia criminal —destruir las bases mismas del juicio—, sea apenas obvio que su buen suceso dependa de presupuestos probatorios en extremo exigentes. Por tanto, cuando se acude al recurso extraordinario de que se trata, es preciso demostrarle a la Corte con absoluta claridad que se está en presencia de alguna de las hipótesis taxativamente previstas en el Art. 571 del C. de P. P., y que, en consecuencia, se impone la necesidad de un nuevo juicio.

3. Sembrar sospechas en cuanto a algunos de los elementos de convicción apreciados por las instancias, o plantear hipótesis sin base en pruebas firmes, en manera alguna constituyen el medio idóneo para aspirar a la revisión de un proceso, dada la seriedad de los motivos consagrados por la ley en esta materia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diez de julio de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

El doctor Pedro J. Osorio, obrando en representación del reo **José Ramiro Jacobo Arévalo**, interpuso ante la Corte el recurso extraordinario de revisión respecto del proceso seguido contra su poderdante y otros, por los delitos de asociación para delinquir y lesiones personales, que culminó con los fallos condenatorios de primero y segundo grados proferidos por el Juzgado Segundo

Penal del Circuito de Tuluá y el Tribunal Superior de Buga con fechas 14 de agosto de 1962 y 4 de febrero de 1963, respectivamente.

Agotado el trámite propio del asunto, procede esta Sala a decidir.

Antecedentes

El domingo 17 de septiembre de 1961, pasado el medio día, cuando regresaban de la región denominada "La Marina" hacia el municipio de Trujillo (Valle) los señores Alberto López, empleado de la Federación de Cafeteros, Carlos Humberto Pérez, Oficial de la Oficina de Catastro del nombrado municipio, José Noel Giraldo, Vicente y Jorge Henao, fueron interceptados por un grupo de individuos que, revólver en mano, les amenazaban e injuriaban. Los atacados, sin embargo, lograron escapar, y sin tardanza procedieron a informar de lo sucedido al Sargento 1º del Ejército Eligio Galeano, a la sazón Alcalde de Trujillo, quien de inmediato salió en busca de los asaltantes, acompañado de los señores Rafael Camelo y Vicente León. Los malhechores, al verse alcanzados por el representante de la autoridad y sus acompañantes, dispararon contra éstos sus armas de fuego, produciéndose un tiroteo en el cual resultaron heridos uno de los compañeros del Alcalde, Vicente León y Célimo Quinayás, miembro de cuadrilla asaltante. Poco después fue aprehendido Quinayás. Sus otros compañeros huyeron.

Adelantada la investigación correspondiente, en auto del 16 de marzo de 1962 fueron llamados a juicio, por los delitos de lesiones personales y asociación para delinquir, Célimo Quinaquás, Fabio Monsalve y Ramiro Jacobo (a. "La Bruja"), entre otros.

La ya indicada sentencia de primer grado condenó a Quinayás a la pena principal de dieciséis (16) meses de prisión y treinta pesos de multa, a tiempo que sancionaba a cada uno de los otros dos procesados con dos (2) años de la misma pena y multa de cien pesos, fallo que el de segunda instancia, con fundamento en el Decreto número 1258 de 1955, reformó en el sentido de sustituir la pena de prisión impuesta por la de presidio, individualizándola así: ocho (8) años y cuatro (4) meses para el primero de los reos mencionados, y nueve (9) años cuatro (4) meses para cada uno de los dos últimos (Fabio Monsalve y Ramiro Jacobo). En todo lo demás fue confirmado el fallo del a-quo.

La demanda

Está contenida en el escrito que obra de folios 17 a 22, el cual alcanza a reunir los requisitos que exige el artículo 572 del C. de P. P., no obstante las impropiedades técnicas que la Procuraduría Primera Delegada anota razonablemente en su alegato de respuesta.

Se invoca en la demanda, como causal única para pedir la revisión del proceso aludido, la prevista por el numeral 5º del artículo 571 del C. de P. P., "porque después de la condenación —dice el actor— se han presentado pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establecen la inocencia o la irresponsabilidad del condenado, o que al menos constituyen graves indicios de tal inocencia o irresponsabilidad".

Las pruebas a que se refiere el demandante son las declaraciones rendidas extrajuicio por los señores Vicente León, Vicente Henao y Nelo o Manuel Giraldo, ratificadas por éstos durante el término probatorio de estas diligencias, testimonios con los cuales se pretende demostrar que el condenado José Ramiro Jacobo Arévalo "no se encontraba entre los atacantes, y desde luego no ha podido ser responsabilizado por los delitos que se tuvieron en cuenta en las sentencias".

Concluye el libelo expresando que, en caso de que prospere el recurso, se señale "el juzgado que deba reclamar el proceso para que se dicten los fallos que corresponden, como lo manda el Art. 374 (sic) inciso 2º del C. de P. Penal".

Alegato del Ministerio Público

Considera el Procurador Primero Delegado en lo Penal que la causal invocada no puede prosperar. Y, consecuente con ese criterio, pide a la Corte que niegue la revisión impetrada y devuelva el proceso al Juzgado que corresponda, conforme al artículo 574 del Código de Procedimiento Penal, inciso último. Importa transcribir las razones que el señor Procurador expone para fundar su solicitud:

"La coartada o el hecho de estar ausente el acusado José Ramiro Jacobo Arévalo del lugar en que a la hora y fecha de autos fueron cometidos los crímenes de que trata el proceso, en manera alguna aparece demostrado.

"Los propios testimonios en que hace pie el actor para sacar avante su pretensión, no resultaron ser tan favorables como se esperaba, pues es lo cierto que las respuestas dadas por uno y otro declarante al interrogatorio previamente confeccionado por el señor Pablo Emilio Jacobo, no conducen indefectiblemente a inferir que José Ramiro Jacobo Arévalo no fue uno de los autores de los delitos juzgados.

"En efecto, José Noel Giraldo y Vicente Emilio Henao comienzan por manifestar que no conocen de trato, vista y comunicación a José Ramiro Jacobo Arévalo.

"Y Giraldo, al responder al séptimo punto del interrogatorio a que se le sometió, expresa:

'. . . Comoquiera que no conocí persona alguna de los que nos salieron al camino yo no puedo decir si el señor José Ramiro Jacobo se encontraba con los atacantes en ese momento'.

"Y Henao, sobre el mismo particular, todo lo que hace es declararse en incapacidad de afirmar que el acusado en mención se encontrara en el lugar de los hechos y fuera uno de los atacantes.

"Solamente el tercer testigo, esto es, Vicente León, dice que 'en este ataque no vimos al señor Ramiro Jacobo Arévalo, hijo del preguntante, por tanto, no podemos decir que el señor Jacobo Arévalo se presentara en esta cuadrilla que nos atacó, ni como partícipe, cómplice o auxiliador del ataque en estos mismos hechos en que yo resulté herido'.

"De manera y suerte tales que la prueba aportada por el recurrente es de naturaleza endeble, porque apenas uno solo de los testigos niega haber visto al acusado que representa el doctor Pedro J. Osorio, siendo posible al respecto considerar que esta negativa no significa indefectiblemente o no da lugar a reconocer como probado que Arévalo realmente no hizo parte de los atacantes en cuadrilla de malhechores.

"En tales condiciones, obvio es decir que no está probada la pretendida coartada alegada en la demanda, porque las declaraciones de testigos que se han hecho valer están lejos de acreditar que el reo Arévalo estaba ausente del paraje en que se cometieron los delitos al mismo tiempo y hora en que se dice en el proceso que fueron cometidos.

"Así las cosas, es forzoso concluir que los nuevos hechos de que trata la demanda carecen de la suficiente virtualidad probatoria para socavar el principio de la cosa juzgada, para dar por establecida la inocencia o irresponsabilidad del condenado José Ramiro Jacobo Arévalo o para admitir la existencia de indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Alegato del recurrente

Se reduce a citar los testimonios ya conocidos de Vicente León, José Noel Giraldo y Vicente Emilio Henao, para concluir, sin ningún análisis, que procede "decretar la revisión de la causa, anulando los fallos" que han sido objeto del recurso.

Consideraciones de la Corte

1. Mediante el pronunciamiento jurisdiccional que se llama sentencia, el juez declara el derecho en un caso concreto, poniendo fin a la controversia. Y se entiende que ese fallo entraña lo justo en relación con el asunto decidido, constituyendo la verdad definida en el proceso.

2. Sin embargo, es posible que, terminado un juicio, el órgano jurisdiccional, a través de los medios probatorios que la ley prevé, adquiera la convicción de que la "verdad real" es distinta de la declarada en la sentencia. Entonces debe prevalecer el supremo interés de la justicia. Y para reparar el error judicial se ha creado la revisión, que los procesalistas modernos, en general, definen como una acción tendiente a desvirtuar la presunción de verdad de la cosa juzgada.

3. Las normas que en nuestro Código de Procedimiento Penal regulan el recurso extraordinario de revisión se inspiran en estos principios, y, consecuentemente, tienen la finalidad específica de tutelar la inocencia del condenado. Por ello —lo ha dicho

la Corte en repetidas oportunidades— para que dicho recurso prospere es preciso demostrar que el hecho criminoso no existió, o que, habiendo existido, resulta a la postre que el condenado es inocente o irresponsable, o que la condenación obedeció a pruebas secretas, o que provino de la imposibilidad del caso 1º del artículo 571 del C. de P. P.

4. Bien se comprende que dada la trascendental finalidad de la revisión en materia criminal —destruir las bases mismas del juicio—, sea apenas obvio que su buen suceso dependa de presupuestos probatorios en extremo exigentes. Por tanto, cuando se acude al recurso extraordinario de que se trata, es preciso demostrarle a la Corte con absoluta claridad que se está en presencia de alguna de las hipótesis taxativamente previstas en el artículo 571 del C. de P. P., y que, en consecuencia, se impone la necesidad de un nuevo juicio.

5. Ciertamente, no es ese el caso que aquí se contempla. La declaración insular de Vicente León, como lo ha demostrado la Procuraduría, no prueba la coartada que ha pretendido establecer el recurrente. Sembrar sospechas en cuanto a algunos de los elementos de convicción apreciados por las instancias, o plantear hipótesis sin base en pruebas firmes, en manera alguna constituyen el medio idóneo para aspirar a la revisión de un proceso, dada la seriedad de los motivos consagrados por la ley en esta materia. Así las cosas, es preciso concluir que no prospera la causal quinta invocada.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NIEGA el recurso de revisión a que se refiere la parte motiva y ORDENA devolver el proceso al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tuluá, dejando en la Corte copia del fallo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA RESPECTO DE LA EXISTENCIA DE LOS DELITOS DE FALSEDAD Y ESTAFA DETERMINANTES DE LA CONDENA. — VIOLACION DE LA LEY PENAL SUSTANTIVA

Elementos requeridos para la configuración del delito de estafa, según el Art. 408 del C. Penal. — En el caso de autos, la estafa carece de asidero legal por cuanto el medio empleado no puede tomarse como factor de artificio o de engaño. — Instrumentos negociables. — Entrega real o presuntiva de instrumento negociable. — Concepto sobre este particular del tratadista Robledo Uribe. — "Físico traspaso" del instrumento a otra persona sin intención de hacerlo de su propiedad. — El perjuicio, de conformidad con el Art. 240 del C. Penal, es indispensable para configurar el delito de falsedad. — Causales 2ª y 1ª de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, 13 de julio de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres).

Vistos

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado **Ceferino Martínez Vesga** contra la sentencia del 14 de agosto del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior de San Gil lo condenó, como responsable de los delitos de falsedad y estafa, a la pena de "sesenta y tres meses de presidio" y accesorias consiguientes.

Hechos y actuación

En los finales de octubre y principios de noviembre de 1960, Ceferino Martínez se encontraba detenido en la cárcel de Barbosa por razón de un sumario que se le adelantaba en el Juzgado Municipal de allí, y como su situación económica era precaria, solicitó de la señora Ana Dolores Bueno de Useda le deparase la alimentación, la cual, suministrada, alcanzó a un valor de $ 150, demandando luego del cónyuge de ésta, señor Jesús Useda, que le facilitara $ 150.00, a efecto de cubrir honorarios al señor Carlos Martínez, y que, además, como le había sido otorgada libertad bajo caución de $ 200.00, se prestara a fiarlo, haciendo el respectivo depósito a favor del Juzgado. Useda accedió a estas peticiones en consideración a que era amigo del padre del procesado y de este modo, con fecha 8 de noviembre, suscribió la diligencia de fianza y, de otro lado, previo arreglo con el acusado respecto al plazo en que debía ser cubierta la deuda de los $ 500.00 en total, recibió del mismo "una letra en empeño por la cantidad de $ 5.500.00", la cual, tanto en el girador como en el girado, resultó ficticia.

El Juzgado 3º Superior del Socorro, fundado en estos hechos, a los que tomó como constitutivos de los delitos de falsedad y estafa, llamó a juicio, mediante auto del 10 de octubre de 1963, al predicho Ceferino Martínez, determinación que el Tribunal de San Gil confirmó en su proveído del 17 de diciembre del mismo año. Más tarde, tramitada la causa, aquel Juzgado, en sentencia del 1º de abril del año pasado, condenó al procesado, en razón del "delito de estafa", a la pena principal de **"treinta (30) meses de prisión"**, absolviéndolo, en cambio, por el

de falsedad, fallo que el Tribunal reformó en el suyo del 14 de agosto en el sentido de condenar a Martínez, como responsable de los dos delitos en cuestión, a la pena de "sesenta y tres meses de presidio" y correspondientes accesorias.

La demanda de casación

En la demanda el recurrente invoca, por conducto de su apoderado, las causales de impugnación previstas en los numerales 2º y 1º del artículo 567 del C. de P. Penal.

Con apoyo en la causal 2ª sostiene que la sentencia acusada, "por errada interpretación o apreciación de los hechos", se les "atribuyó un valor que no tienen, se les negó el que sí tienen" y, además, "no se tuvieron en cuenta otros que están acreditados", tesis que procede a demostrar, en cada uno de sus aspectos, mediante el concurso de un amplio estudio de la prueba que recoge el proceso, del que conviene reproducir estos apartes, concebidos como a modo de conclusiones:

"...la presentación de la letra se hizo después de la obtención del provecho: no hubo relación de causalidad entre la presentación de la letra y la obtención del provecho. Dicho de otro modo, la alimentación, los honorarios del tinterillo que asistió a Ceferino Martínez y la fianza de libertad no se dieron por parte de Jesús Useda por haberle éste enseñado y entregado la letra de marras, sino después, o, al menos concomitantemente a la última diligencia de fianza de libertad".

.....

"No fue, pues, la letra la determinante del error en que incurrió Useda para entregarle los provechos de que disfrutó Martínez; sino que fueron las promesas y el tratarse del hijo de un amigo suyo 'íntimo' y persona honorabilísima y digna de toda confianza. No hubo artificios o engaños previos para obtener la alimentación y los dineros".

.....

"Nadie dice ni en ninguna parte consta que Martínez le hubiera enseñado a Useda la Letra antes de la firma de la fianza ante los nombrados funcionarios, Juez y Secretario del Juzgado".

.....

"Luego no existe estafa, porque, se repite, para que ella se configure es necesario que los artificios o engaños produzcan el error y que ambos precedan a la entrega de la cosa estafada".

.....

.....

"Y basta observar que la letra no estaba endosada al señor Jesús Useda. Qué podía hacer el señor Useda con dicha letra sin endosar, pues sin tal endoso no podía ejecutar a los giradores ni al aceptante. No era ni siquiera un documento de crédito a favor del señor Useda, sino a favor del beneficiario Martínez que, se repite, sin endoso, se quedó en el terreno de las palabras, sin traducirse en hechos eficaces.

"Ni siquiera estaba estampillada la susodicha letra.

"Pero se vuelve sobre lo que dice el propio señor Useda, para ver que fue un documento sin trascendencia penal comoquiera que éste afirma que 'la letra la recibí yo después de entregar mis dineros'.

"Dadas estas circunstancias, no tienen importancia las declaraciones de Rodrigo Galvis y José Antonio Galvis; ambos dicen que 'esa no es la firma que yo utilizo en mis actos públicos o privados'.

"Tampoco la tiene el dictamen pericial del folio 39, sobre que 'fue el sindicado Ceferino Martínez quien de su puño y letra escribió el texto de expedición y las firmas de obligación, aceptación y giro del instrumento domiciliable cuestionada al folio 5 de este proceso', por cuatro razones:

"La primera, porque 'el dictamen del perito no es por sí plena prueba' (Art. 268 del C. de P. P.) y menos el de cotejo de letras (Arts. 656 del C. J. y 7º del C. de P. P.). Y aquí no vale nada, porque si se puso en conocimiento de las partes (Art. 266 del C. de P. P.).

"La segunda, porque un dictamen no vale por sí mismo, sino por las razones en que se fundamente, y aquí sólo expresa el peri-

to que la escritura de la letra se parece 'a la escritura peculiar de Martínez'.

"Y la tercera, por las razones ya expuestas de que la letra mencionada, ni fue endosada a la presunta víctima, y era, por tanto, un documento de crédito a favor tan solo de Martínez Vesga, y en todo caso, no existe ni un indicio siquiera de que hubiera sido enseñada al señor Useda antes de la firma de la caución, muchísimo menos antes del suministro de la alimentación y del pago de los honorarios al seudoabogado que le prestó servicios profesionales.

"Ya se dijo antes que la comida se la suministró la señora Ana Dolores Bueno de Useda al señor Martínez Vesga cuando el esposo de dicha señora, don Jesús, ni siquiera estaba en la población: 'El esposo —dice la señora— en estas cosas no había intervenido porque no estaba aquí'.

"Ya se dijo también que los honorarios del abogado se los pagó a éste, por ruego encarecido del propio don Jesús, amigo personal del padre del acusado y 'una vez pasada la entrevista con el detenido, convinimos en que yo le cobraría por mis gestiones la suma de $ 150.00'. 'Don Jesús Useda **me solicitó** —dice en otro lugar— **venir a la cárcel a hablar con un detenido de nombre Ceferino Martínez Vesga'.**

"La letra la recibí yo **después de entregar mis dineros'**, dice el propio don Jesús Useda.

"El Juzgado anota, con razón, que tampoco puede hablarse de falsedad, 'porque para ello es absolutamente indispensable que al instrumento se le dé el destino propio a su naturaleza. Y ya se sabe que aquí fue entregado apenas como prenda o garantía de una deuda ostensiblemente inferior a su valor nominal'. Vale decir, que se le dio al instrumento un uso inocuo, como afirma la defensa, o mejor, impropio'.

"Inocuo e impropio, sí, como que ni siquiera fueron prenda de pago, por lo ya dicho de que la tan cacareada letra no le fue endosada a don Jesús Useda por su destinatario. Apenas le impedía su retención por el mentado señor Useda que el beneficiario **no pudiera cobrarla.** Simplemente eso. Pero no fueron prenda o garantía de pago nunca. La única prenda o garantía de pago fueron meras palabras o promesas: la de viajar a Bucaramanga donde tenían que darle dinero de un viaje y que al regreso entonces me haría bueno el pago".

Con fundamento en la causal 1ª de casación, aducida como consecuencia de la 2ª, el recurrente sostiene que en el fallo impugnado se "violó la ley penal" sustantiva, y, en particular, por indebida aplicación, los "artículos 233 y 33 del C. Penal, y el artículo 1º del Decreto 1951", puesto que no estando "probado ni el cuerpo del delito por falsedad ni por estafa, ni la responsabilidad del acusado", lógicamente ha debido ser absuelto.

Las pruebas

Las pruebas que ofrece el proceso respecto a los hechos en que se funda la condena contra Ceferino Martínez son las que a continuación se reseñan:

Jesús Useda. En su denuncia, presentada el 17 de enero de 1961, se limita a consignar que su cónyuge, Ana Dolores Bueno de Useda, le suministró a Martínez alimentación por la suma de $ 150.00, la cual le quedó debiendo, con otros $ 150.00, destinados a pagar honorarios al señor Carlos Martínez, y $ 200.00 más, por concepto de la fianza a que se plegó, deudas que prometió cubrir tres días después de aquél en que recobró su libertad, dejándole "una letra en empeño por la cantidad de $ 5.500.00, firmada por el señor Rodrigo Galvis". (Fls. 1º y ss. del primer cuaderno).

En la ampliación de la denuncia, llevada a cabo el 18 de octubre, también de 1961, y en el careo con Carlos Martínez, celebrado el 15 de noviembre de ese mismo año, Useda, sin modificar sus asertos iniciales, explicó que había autorizado el suministro de alimentación a Ceferino Martínez y le había facilitado los indicados dineros por **"ser hijo"** de una persona **"honorable"** que, además, era **"muy amiga suya"**, aunque luego agregó, sin justificar la contradicción, que los alimentos y los préstamos los había otorgado "sobre la base de la existencia de la letra", la cual le fue dada por Martínez, **después de entregar mis dineros"**, en el recinto del Juzgado, el día que se suscribió la fianza, acto que "presenció el señor Juez de ese entonces, el Secretario y el señor Carlos A. Martínez". (Fls. 47 y ss. y 55 y ss. del primer cuaderno).

Ana Dolores Bueno de Useda. Esta testigo, cónyuge del denunciante, en su declaración rendida el 9 de noviembre de 1961, refiere que en ausencia de éste, determinada por razón de un viaje, comenzó a proporcionarle a Martínez, a solicitud suya, alimentación, hecho que aquél, al serle comunicado a su regreso, autorizó, por lo que continuó en ese suministro hasta alcanzar, por concepto del mismo, el valor de $ 150.00, cuenta de que informó a su marido quien en lugar de exigir su cancelación, prestó al procesado "un dinero para salir de la cárcel". (Fls. 54 y ss. del primer cuaderno).

Carlos Martínez. En su testimonio, emitido el 19 de abril de 1961, y en el careo con el denunciante, practicado el 15 de noviembre del mismo año, relata que intervino en favor de Martínez en virtud de que se lo solicitó Useda, dándole como razón que se trataba del hijo de "un íntimo amigo suyo", concepto en el que, a su vez, le cubrió sus "gestiones", acordadas en $ 150.00, se hizo cargo de la fianza en cuantía de $ 200.00 al lograr aquél la libertad y ordenó que se le suministrara alimentación, luego de todo lo cual recibió del procesado, en el propio recinto del Juzgado, una letra "como garantía de que a más tardar ocho días después le cancelaría los $ 350.000 y el valor de los alimentos". (Fls. 16 y ss. y 55 y ss. del primer cuaderno).

Ismael Espinosa. Era el Juez a cuyo cargo se encontraba el sumario contra Ceferino Martínez. En su certificación del 1º de marzo de 1961, manifiesta que al otorgarle al expresado sujeto libertad bajo caución de $ 200.00 Useda consignó en la Recaudación de Hacienda Nacional esa cantidad constituyéndose de tal modo como su fiador. Agrega que en su presencia y dentro del propio recinto del Juzgado, Martínez le entregó a Useda, en concepto de "garantía", una letra, "prometiéndole que a los pocos días regresaría a devolverle las sumas debidas", que eran la anotada, relativa a la caución y otras más pendientes. (Fls. 11 vto. del primer cuaderno).

La letra. Aparece girada por $ 5.500.00, el 26 de septiembre de 1960, a cargo de José Antonio Galvis, a favor de Ceferino Martínez, por José Antonio Galvis y Rodrigo Galvis y aceptada al dorso por Rodrigo Galvis, uno de los que, como se indica, la gira.

Concepto pericial. La letra fue sometida al estudio grafológico del doctor Alberto Posada Angel, quien conceptuó que Martínez fue el que de su puño "escribió el texto de expedición y las firmas de obligación, aceptación y giro", aunque "no trató de imitar el trazado genuino de las firmas auténticas de los señores Galvis".

José Antonio Galvis. En su declaración del 15 de febrero de 1961, aseveró no ser suya la firma que aparece en la letra, ni tampoco la cédula que allí se registró. (Fl. 7 del primer cuaderno).

Rodrigo Galvis. Declaró, como el anterior, el 15 de febrero de 1961, y del mismo modo que aquél, sostuvo que no eran suyas las firmas de la letra, ni tampoco la cédula. (Fl. 8 del primer cuaderno).

El Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en la Penal, en denso como cuidadoso estudio, del que se hablará adelante en la medida que se estime oportuno, acoge las tesis y proposiciones de la impugnación y en esa suerte solicita que se invalide el fallo recurrido, absolviendo en su lugar al procesado Martínez.

Para resolver se considera

I. El delito de estafa, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 408 del C. Penal, requiere para su integración de estos elementos:

a) Empleo de artificios o engaños;

b) Inducción en error por medio de esos artificios o engaños; y,

c) Obtención de un provecho ilícito en perjuicio de otro.

II. El procesado Martínez, según puede ser apreciado a través de las pruebas reseñadas, no realizó engaño, ni artificio encaminado a lograr la alimentación, el préstamo de los $ 150.00 o la caución de los $ 200.00.

III. La referida letra no puede tomarse como factor de artificio o de engaño, en fuerza de que Useda la recibió, conforme a sus propios asertos, acordes con los demás elementos de convicción que ofrece el pro-

ceso, después del suministro de la alimentación, del préstamo y de la caución.

IV. La estafa carece, en consecuencia, de asidero procesal.

V. En sentir de Robledo Uribe, "no basta con que una persona haya otorgado un instrumento que reúna las formalidades externas de un instrumento negociable. Mientras no haya sido real o presuntivamente entregado, no hay en realidad instrumento negociable". (Instrumentos Negociables, página 319).

VI. La entrega es, de acuerdo con el mismo autor, quien al respecto acoge el concepto de Williston, la "transferencia de la posesión, con el intento de transferir el título", por lo que, a ese efecto, son necesarios "el físico traspaso del instrumento a manos de otra persona, y la intención de que ésta persona llegue a ser el propietario del mismo". "Si el instrumento —agrega Robledo— ha sido puesto por el girador u otorgante en las manos de un mandatario o custodio sólo para que éste lo guarde, no ha habido entrega como no la hay cuando se guarda en un arca para tenerlo el girador y otorgante con mayor seguridad". (Ob. cit. Pág. 321).

VII. El referido instrumento apenas fue objeto por parte de Martínez del "físico traspaso" a Useda, sin intención de hacerlo de su propiedad, lo que significa entonces, acorde con las nociones consignadas, que no hubo entrega, en la acepción jurídica del término, y que, en consecuencia, no se trata, en realidad, de un instrumento negociable.

VIII. Ese documento, sin calidad de letra de cambio y, por ende, de carácter privado, no causó perjuicio, en atención a que fue ajeno al logro de los alimentos, del préstamo y de la caución, ni podía causarlo, porque, si quedó en poder de Useda, no fue como prueba de la deuda generada en aquellas prestaciones, sino como garantía de que Martínez regresaría a cubrirla, perjuicio que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 240 del C. Penal, es indispensable para la configuración del delito de falsedad en documento privado.

IX. Tampoco, pues, dispone de asidero el delito de falsedad que se imputa a Martínez dentro de la sentencia acusada, cuestión que todavía es más evidente si a las razones expuestas se agrega lo siguiente del concepto del señor Procurador:

".... el hecho de no haber endosado Martínez Vesga el documento que le entregó a Jesús Useda, a título de simple garantía, pues por no haberlo endosado, la alteración de la verdad que en su texto fue cometida, carece de valor jurídico, es extraña al derecho y al delito de falsedad, ya que, como lo asegura el actor, sin endoso, el nuevo tenedor del instrumento, quien no lo fue nunca en debida forma por la falta del indicado requisito, ningún efecto jurídico podía pretender que produjera, precisamente por estar en imposibilidad absoluta de hacerlo exigible en ningún tiempo a su girador como tampoco a quienes figuran en él como aceptantes.

"Aquí la ocasión para decir que por no haber sido endosado el instrumento, éste no fue empleado por el acusado como sustitutivo de pago en dinero y careció siempre del poder de circular y de ser negociado en la plaza. Por lo mismo, con su hechura, lesión alguna pudo haber sido inferida a la fe pública.

"Así las cosas, está es en lo cierto el señor demandante al afirmar que en el proceso no se configuran los delitos de estafa y de falsedad determinantes de la condena impuesta".

X. El error en la apreciación de la prueba, respecto a la existencia de los dos delitos atribuidos a Martínez y a su responsabilidad, es manifiesto, por lo que la causal 2ª de casación, invocada en la demanda, debe prosperar.

XI. La causal 1ª, invocada como consecuencia de la 2ª, debe, a su turno prosperar, en fuerza de que, al darse por acreditados los delitos en cuestión y proceder a reprimirlos, lógicamente se violó la ley sustantiva.

XII. La determinación que cabe, invalidado el fallo materia del recurso, tendrá que ser la de absolver al procesado Martínez.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Pe-

nal— 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, INVALIDA el fallo recurrido y en su lugar ABSUELVE, en razón de los delitos de falsedad y estafa, al procesado Ceferino Martínez Vesga, a quien se ORDENA poner en libertad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

TECNICA DE CASACION

La Corte no podrá tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes. — Sentido y alcance de las causales 1ª, 2ª y 3ª de casación penal. — Circunstancias de mayor y menor peligrosidad. — Los cuatro factores a que se refiere el artículo 36 del C. P., corresponden a situaciones de hecho, tratables mediante el debate probatorio que autoriza la causal 2ª. — Sentencia acusada con base en la causal 1ª de casación, invocada en el carácter de única en ambas demandas. — Delitos de homicidio y robo, imputables en concurso material.

1. La causal 1ª de casación, que se circunscribe a las normas que definen los delitos y establecen las sanciones, sólo es pertinente "cuando la violación de la ley puede demostrarse con un raciocinio directo, sin necesidad de reabrir un debate probatorio", por lo que, como lo ha sentado la Corte, "casi siempre se acoge ella como consecuencial, y rara vez se alega como principal".

2. La causal 2ª no es procedente en los juicios en que interviene el Jurado, aunque, como de suyo es comprensible, respecto de aquello sobre que debe pronunciarse y está obligado a decidir, ya que en las materias de apreciación directa del Juez cabe ese particular motivo de impugnación.

3. De los dos motivos de impugnación que ofrece la causal 3ª, referido, el uno a que la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder y, el otro, a que ella se encuentre en desacuerdo con el veredicto del Jurado, sólo el primero ha sido señalado, a través de reiterada jurisprudencia de la Corte, como improcedente en los juicios sometidos a la intervención de aquél, jurisprudencia en la que se ha recalcado que, en cambio, el segundo es de absoluta eficacia en esa clase de juicios.

4. La Corte, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 568 del C. de P. Penal, "no podrá tomar en cuenta causales de casación distintas de aquéllas que hayan sido expresamente alegadas por las partes".

En las dos demandas, no obstante la invocación de la causal 1ª, lo que se plantea, al tratar de demostrar que se violaron, por falta de aplicación, los artículos 384 y 385 del C. Penal, es el motivo de impugnación atinente al hecho de estar la sentencia "en desacuerdo con el veredicto del Jurado", el cual no es de la esfera de la predicha causal sino de la 3ª, circunstancia que obliga a desechar aquella causal a cuyo amparo se formuló el cargo, precisamente por no encontrarse justificada y no poderse tomar en cuenta la que trató de demostrarse y, sin embargo, no se alegó.

5. Las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad y, en general, los cuatro factores que, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 del C. Penal, han de tenerse en cuenta para la determinación de la sanción, son de la apreciación directa del Juez, por lo que, respecto a ellos, cabe impugnación a través de la causal 2ª de casación, aunque se trate de juicios sometidos a la intervención del Jurado.

Esos cuatro factores corresponden a situaciones de hecho, tratables en la esfera, no

de la causal 1ª, sino mediante el debate probatorio que autoriza la 2ª, la cual no se adujo en ninguna de las dos demandas al plantearse en ellas que en el fallo objetado, no obstante carecer de demostración, se intensificó la pena a los procesados con fundamento en las circunstancias de mayor peligrosidad de que informan los ordinales 6º, 7º y 9º del artículo 37 del C. Penal, y que, en cambio, no fue reducida en forma alguna en consideración a las circunstancias de menor peligrosidad, contempladas en los ordinales 1º, 3º y 5º del artículo 38 de la misma obra, a pesar de que aparecen debidamente comprobadas. En esta situación procede entonces, acorde con lo dispuesto en los artículos 568 y 569 del C. de P. Penal, desechar la causal aducida, por no encontrarse justificada, y no admitir la que trató de demostrarse, por no haberse alegado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio veintidós de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres).

Vistos

Se procede a resolver el recurso de casación que interpusieron, por medio de sus representantes legales, los procesados **Gildardo Gallego Múnera** y **Olmedo Lozada Escobar** contra la sentencia del 28 de agosto del año pasado, en orden a la cual el Tribunal Superior de Bogotá los condenó, como responsables de los delitos de homicidio y robo, a la pena de **"once (11) años y cinco (5) meses de presidio"**, imponiéndoles, además, las accesorias del caso.

Hechos y actuación

En el anochecer del 20 de septiembre de 1958 partieron, de esta ciudad a la de Armenia, en un automóvil de Jorge García, conducido por José Domingo Jiménez y afiliado a la empresa "Tax Negro", Gallego Múnera y Lozada Escobar, quienes al llegar al punto "El Mirador", adelante del Salto de Tequendama, ya en jurisdicción del Municipio de El Colegio, dieron muerte al citado chofer, tiraron su cadáver a un abismo y luego se apoderaron del vehículo, el cual se recuperó en la población de Montenegro.

Con base en estos hechos se llamó a juicio, en autos del 6 de julio de 1959 y 30 de junio de 1960, dictados, respectivamente, por el Juzgado 2º Superior de esta ciudad y el Tribunal Superior de la misma, a los procesados Gallego Múnera y Lozada Escobar, enjuiciamiento conforme al cual, acorde con sus especificaciones, se propusieron al Jurado los cuestionarios que a continuación se reproducen seguidos de las respuestas:

"**Cuestión primera.** El procesado **Gildardo Gallego Múnera** de las condiciones civiles y personales conocidas ¿es responsable de haber ocasionado la muerte, con intención de matar, en asocio de otro, a **José Domingo Jiménez**, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, con el fin de perpetrar otro delito y en circunstancias que colocaron a su víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, según hechos ocurridos en las primeras horas de la noche del veinte (20) de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) en el punto denominado El Mirador por la carretera que de esta ciudad conduce al Municipio de El Colegio en comprensión de este Distrito Judicial?

Respuesta: "Sí son responsables en complicidad correlativa, con intención de matar, sin premeditación ni motivos innobles o bajos y sin el fin de perpetrar otro delito dentro de una riña imprevista y sin colocar a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad".

"**Cuestión tercera.** El procesado **Gildardo Gallego Múnera**, de condiciones civiles ya conocidas, ¿es responsable de haberse apoderado violentamente, en asocio de otro, del automóvil distinguido con las placas Nº D-61176, modelo 1948, marca Ford, afiliado a la empresa "Tax Negro", en las circunstancias de tiempo y lugar a que se refiere la cuestión primera?

Respuesta: "Sí son responsables".

Las cuestiones Segunda y Cuarta, relativas a Lozada Escobar, se propusieron en los mismos términos de las anteriores y recibieron también las mismas contestaciones.

El Juzgado, fundado en estos veredictos, mediante sentencia del 9 de abril del año pasado, impuso a los procesados Gallego Mú-

nera y Lozada Escobar la pena principal de "Cuarenta meses de Presidio", fallo que el Tribunal reformó en el suyo del 28 de agosto, elevando esa condenación a "Once años y cinco (5) meses de presidio".

Las demandas de casación

En ambas demandas, con apoyo en el motivo de impugnación a que se contrae el numeral 1º del artículo 567 del C. de P. Penal, invocado en el carácter de único, se pretende que la sentencia, "por errónea interpretación y por indebida aplicación", es violatoria "de la ley sustantiva" penal, tesis para cuya demostración se formulan los siguientes cargos:

a) La complicidad correlativa, alegada en la audiencia y acogida por el Jurado, "no se tradujo en la disminución" de la pena en esa "sexta parte a la mitad" que determina el artículo 385 del C. Penal, disposición que, por lo tanto, resultó violada.

b) El Jurado "reconoció que los hechos se desarrollaron dentro de una riña imprevista", modalidad que tampoco aparejó rebaja de pena en esa "cuarta parte a la mitad" que dispone el artículo 384 del C. Penal, precepto que, en consecuencia, resultó también violado.

c) El Jurado, al reconocer que el homicidio se llevó a cabo "sin premeditación ni motivos innobles o bajos", aceptó que el móvil del delito fue "la actitud violenta del chofer" y que, por lo tanto, los procesados se vieron obligados "a defenderse de una agresión injusta", situación que, como es obvio, excluye las circunstancias de mayor peligrosidad de que tratan los ordinales 6º, 7º y 9º del artículo 37 del C. Penal, por lo que al ser consideradas en el fallo como fundamento para intensificar la pena, necesariamente se violaron, por errónea interpretación e indebida aplicación, esas disposiciones.

d) En el fallo no se tuvieron en cuenta las circunstancias de menor peligrosidad relativas a la "buena conducta anterior" de los procesados, al hecho de haber obrado "en estado de pasión excusable" y a la "embriaguez" en que actuaron, generadora de una "inferioridad psíquica", cuya causa fue la "intoxicación transitoria", desconocimientos que llevaron a la violación, por falta de aplicación, de los ordinales 1º, 3º y 5º del artículo 38 del C. Penal.

e) En la demanda de Lozada Escobar se pretende, además, que se violó, por indebida aplicación, el artículo 33 del C. Penal, lo que es evidente si se tiene en cuenta, de un lado, que en la complicidad correlativa "no se sabe a ciencia cierta cuál fue el autor del hecho" y, del otro, que esa figura se recoge en la ley "para que no se quede el delito en la impunidad" y "no para tratar a los procesados como autores del hecho".

El Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de un examen detenido de las demandas, realizado a través de los cargos que en ellas se formulan para acusar el fallo de violatorio de la ley penal, solicita que se desechen los recursos.

Para resolver se considera

a) La causal 1ª de casación, que se circunscribe a las normas que definen los delitos y establecen las sanciones, sólo es pertinente "cuando la violación de la ley puede demostrarse con un raciocinio directo, sin necesidad de reabrir un debate probatorio", por lo que, como lo ha sentado la Corte, "casi siempre se acoge ella como consecuencial, y rara vez se alega como principal".

b) La causal 2ª no es procedente en los juicios en que interviene el Jurado, aunque, como de suyo es comprensible, respecto de aquello sobre que debe pronunciarse y está obligado a decidir, ya que en las materias de apreciación directa del Juez cabe ese particular motivo de impugnación.

c) De los dos motivos de impugnación que ofrece la causal 3ª, referido, el uno a que la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder y, el otro, a que ella se encuentre en desacuerdo con el veredicto del Jurado, sólo el primero ha sido señalado, a través de reiterada jurisprudencia de la Corte, como improcedente en los juicios sometidos a la intervención de aquél, jurisprudencia en la que se ha recalcado que, en cambio, el segundo es de absoluta eficacia en esa clase de juicios.

d) La Corte, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 568 del C. de P. Penal, "no podrá tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes".

e) En las dos demandas, no obstante la invocación de la causal 1ª, lo que se plantea, al tratar de demostrar que se violaron, por falta de aplicación, los artículos 384 y 385 del C. Penal, es el motivo de impugnación atinente al hecho de estar la sentencia "en desacuerdo con el veredicto del Jurado", el cual no es de la esfera de la predicha causal sino de la 3ª, circunstancia que obliga a desechar aquella causal a cuyo amparo se formuló el cargo, precisamente por no encontrarse justificada y no poderse tomar en cuenta la que trató de demostrarse y, sin embargo, no se alegó.

f) Las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad y, en general, los cuatro factores que, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 del C. Penal, han de tenerse en cuenta para la determinación de la sanción, son de la apreciación directa del Juez, por lo que, respecto a ellos, cabe impugnación a través de la causal 2ª de casación, aunque se trate de juicios sometidos a la intervención del Jurado.

g) Esos cuatro factores corresponden a situaciones de hecho, tratables en la esfera, no de la causal 1ª, sino mediante el debate probatorio que autoriza la 2ª, la cual no se adujo a ninguna de las dos demandas al plantearse en ellas que en el fallo objetado, no obstante carecer de demostración, se intensificó la pena a los procesados con fundamento en las circunstancias de mayor peligrosidad que informan los ordinales 6º, 7º y 9º del artículo 37 del C. Penal, y que, en cambio, no fue reducida en forma alguna en consideración a las circunstancias de menor peligrosidad, contempladas en los ordinales 1º, 3º y 5º del artículo 38 de la misma obra, a pesar de que aparecen debidamente comprobadas. En esta situación procede entonces, acorde con lo dispuesto en los artículos 568 y 569 del C. de P. Penal, desechar la causal aducida, por no encontrarse justificada, y no admitir la que trató de demostrarse, por no haberse alegado.

h) Los procesados fueron llamados a juicio y luego responsabilizados por el Jurado en razón de los delitos de homicidio y robo, imputables en concurso material, teniendo en cuenta que, consumados en una misma esfera de realización de hechos, lo que los hace conexos, se generaron en actividades distintas y obedecieron a propósitos diversos. De ese tipo de concurso trata el artículo 33 del C. Penal, disposición que, en consecuencia, era necesario aplicar.

i) En suma, pues, la causal 1ª de casación, invocada en el carácter de única en ambas demandas, no puede prosperar en orden a ninguno de los cargos que a su amparo se formulan en ellas a la sentencia acusada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA los recursos de que fue objeto el fallo de que se trata en la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ESTAFA. - PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. - CAUSAL PRIMERA DE CASACION

Sentencia dictada en proceso ya prescrito, por errónea interpretación de los artículos 45, 60, 105, 408 y 410 del C. P.. — La acción penal como un poder jurídico del Estado. — Características de la acción penal. — Diversos modos de extinción de la facultad punitiva del Estado de Derecho. — Prescripción de la acción penal. — Tesis del Tribunal ad-quem sobre el máximo de la pena que regula el tiempo de la prescripción y criterio de la Corte al respecto. — El principio de la favorabilidad, en caso de contravención entre dos normas, obliga a aplicar la más favorable al sujeto pasivo de la acción. —Razones del legislador para dividir el Código Penal en sus dos partes general y especial. — Superioridad intrínseca de las normas de la llamada parte general. — Sentido y alcance del artículo 60 del Código Penal. — Pena imponible. — En caso de que los máximos contemplados en la respectiva disposición penal sean superiores a los fijados en el artículo 45 del Código de las Penas, debe convertirse ese máximo de acuerdo con el artículo 60.

1. La acción penal, originada en toda infracción penal (artículo 8º del C. de P. P.), es un poder jurídico del Estado como titular del derecho de castigar, mediante el cual, y a través del proceso, propicia que la rama jurisdiccional compruebe la existencia de un hecho definido por él como delito y aplique una sanción. Como dice Hans Kelsen, "la relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual".

Esta facultad es, a la vez, una obligación estatal. Obligación concretada en normas legales que emana de normas superiores, porque si es un deber del Estado proteger a todos los residentes en su vida, honra y bienes, uno de los medios indispensables para efectuar esa protección es —tiene que ser— no sólo la creación de un Código Sustantivo de las sanciones sino la aplicación de éstas a los realizadores de hechos definidos como ilícitos, que es precisamente la finalidad de la acción penal que se ejercita a través del proceso con observancia de las normas del procedimiento (artículos 283 y ss. del C. de P. P. y 16 de la Constitución Nacional).

Por eso la acción penal es también pública y oficiosa salvo casos especiales (artículo 9º del C. de P. P.), indivisible (artículos 52, 53 y 54 ibídem) e irrevocable cuando se trata de la investigación y del castigo de infracciones diversas a las que, excepcionalmente, sólo pueden investigarse a virtud de querella o petición de parte, salvo unos pocos casos expresamente definidos por el legislador (Arts. 378 del C. P. y 23 del C. de P. P. y 3º de la Ley 8ª de 1925).

Mas ocurre que la facultad punitiva del Estado de Derecho se debe extinguir por diversos modos, al igual que la acción penal, puesto que siendo ésta un elemento del aquel derecho —como piensa Máximo de Castro— desaparecido éste, perece aquélla.

Y se debe extinguir porque ella tiene generalmente sujeto o sujetos pasivos que ó mueren, o son favorecidos extraordinariamente por el indulto o la amnistía, o reparan a la sociedad y a la persona ofendida como en el matrimonio subsiguiente en los casos de delitos contra la familia, o en ciertos eventos reciben el perdón del ofendido o se retractan de la calumnia y de la injuria, o son favorecidos por desistimientos permitidos, o los ampara la cosa juzgada o la prescripción.

Tratándose de ésta, el transcurso del tiempo indica: o que el Estado ha demostrado, por su morosidad, la falta de interés social para castigar, o que no puede indefinidamente someter a un sujeto o a varios a una interminable situación de imputación delictuosa que haría ilimitado su derecho de perseguir al presunto delincuente, amén de que se presume que la conciencia pública ha olvidado la conmoción y el desorden producido en ella por el ilícito.

Estas las razones de ser del artículo 104 de nuestro estatuto punitivo.

2. Sobre el tema de la prescripción de la acción penal, ha dicho la Corte:

"Para determinar el tiempo necesario de la prescripción de la acción penal, se busca el máximo de la pena señalada por la ley para el delito sub-judice, pero, según el caso, relacionado ese máximo con los aumentos o disminuciones que la misma ley establece para las modalidades específicas que agravan o atenúen el hecho criminoso (Cas. 7 de octubre de 1954, LXXVIII, 1017; 25 de marzo de 1955, LXXIX).

Y también:

"La palabra respectiva, usada por el Art. 105 del C. P. que regula la prescripción de la acción penal, se deriva de respecto, que quiere decir relación de una cosa con otra. Luego, en buena lógica, hay que entender que en cada caso es preciso consultar el texto legal que determina la pena..."

Esta jurisprudencia, que la Corte no va a cambiar en este fallo, se refiere a aquellos casos en que el máximo de la sanción fijada por la disposición penal que define el caso sub-judice no sobrepase los límites fijados por el artículo 45 del C. P. para la duración de las penas.

Pero como ocurre a veces lo contrario, o sea que existen incongruencias entre esta disposición y algunas de la parte especial tanto en los máximos (artículos 125, 161, inciso 2º; 254, inciso 2º; 258, inciso 2º; 317, 391, 398, 399, 405 y 410 del Código Penal) como en los mínimos (artículos 27, 28, 128, 130, 139, inciso 2º y 3º, 146, 149, 150, 151, 190, 193, 206, 246, 275, 336, 350, 353, 355, 382, 384, 385, 389, 400, 412, inciso 2º y 417 ibídem), el problema es de otra índole.

3. ¿Cuál es el máximo de pena que debe tenerse en cuenta para los distintos efectos, entre ellos para la prescripción, cuando el fijado por la disposición que define el caso sub-judice sobrepasa los límites fijados por el artículo 45 del Código Penal para la duración de las penas?

Como queda dicho, tanto el Tribunal como el colaborador fiscal, optan por la tesis de que en ese evento el máximo de la pena que regula el tiempo de la prescripción es el de la disposición especial y no el del artículo 45. Por cuya razón tuvo en cuenta el de catorce años de prisión, señalado como tal máximo por el artículo 410 que castiga la estafa mayor de diez mil pesos ($ 10.000.00) y no el de ocho años de la misma pena fijados como límite de la prisión en el prenombrado artículo 45.

La Corte disiente de esa tesis, por las razones que pasan a exponerse, así: Primera: El principio de la favorabilidad, consagrado en la Constitución (artículo 26) y repetido en otros preceptos (artículo 3º del C. P., 5º del C. de P. P. y 44 de la Ley 153 de 1887), es un mandato de la más alta categoría que implica, en materia criminal, la obligación de aplicar, en caso de descubrirse una contradicción entre dos normas, así pertenezcan a un mismo cuerpo de ordenaciones de igual categoría, la más favorable al sujeto pasivo de la acción penal.

Y es que el fallador, al encontrarse entre dos voluntades de soberanía para sancionar, debe desatar la contradicción para que el conjunto no la presente, y mal podría adoptar por escoger la más severa, así seduzca su adusto criterio, si el Estado, en el balance de sus dos determinaciones, al fin y al cabo se contenta con una que limita más su facultad de castigar.

El principio de la favorabilidad es aún más que un precepto contenido y las constituciones tal vez sea lo que la ciencia del derecho puro considera un supuesto, emanado de las propias características del sujeto pasible de la acción penal frente al Estado.

Ni se alegue en su contra una vieja jurisprudencia de la Corte según la cual "el principio de la favorabilidad no permite comparar dos artículos del mismo Código para atenerse al que asigne pena más suave sino que se refiere a la comparación entre la ley vigente al tiempo del delito y una ley posterior a él, a fin de que se prefiera, entre las dos, la que resulte más benigna", porque si la comparación entre la ley vigente al tiempo de realizarse el ilícito se hace con la posterior a él para aplicar la que sea más favorable al sujeto pasivo de la acción penal, en esencia el fallador está escogiendo entre dos voluntades del Estado para un solo hecho y para el mismo incriminado aquélla en que el creador del derecho punitivo limita más, en favor de la persona humana su tremenda capacidad de castigar el delito, que es igual a lo que hace cuando compara dos disposiciones contradictorias del mismo cuerpo legislativo para aplicar la más favorable al individualizar y concretar el derecho al caso sub-judice. **Segunda:** Aunque colocadas en el mismo Código y expedidas por el mismo órgano del Poder Público y en la misma forma, las disposiciones del estatuto punitivo tienen diferencias apreciables.

Cabe destacar, en primer término, que el Código Penal se divide en dos partes: una llamada general y otra intitulada parte especial. División que no obedece a un simple prurito metodológico del legislador sino que emana de más profundas razones: porque la parte general está destinada a sentar las bases o principios, resumen de una filosofía penal, que han de servir como de guía en la parte especial. Son reglas o principios en su mayoría abstractos, destinados a propiciar el correcto entendimiento de la parte especial y su correcta aplicación, ora sea en cuanto a las infracciones, ora se refiera a los sujetos pasivos del delito, ya a la responsabilidad o los grados de la penalidad, o bien a las sanciones y a su definición ilímites, bien a las consecuencias de éstas o a la extinción de la acción y la condena penales.

En ese sentido puede asegurarse que las de esa parte son disposiciones de las que en un lenguaje tal vez no muy ajustado a nuestra terminología legal, pero sí muy expresivo, se han dado en llamar normativas.

Pertenecen, pues, a una categoría superior, por lo cual resulta inválido el argumento de que por llamarse generales deben ceder el campo a las de la parte especial cuando haya incompatibilidad entre una de aquéllas y una de éstas, pues la regla al respecto del Art. 5º de la Ley 57 de 1887, se refiere a una disposición de idéntica categoría no sólo en cuanto a su forma sino en cuanto a su materia.

Por la misma razón, tampoco es válido el principio de la posterioridad a que se opone la superioridad intrínseca de las normas de la llamada parte general. Superioridad que, además de las razones expuestas, está respaldada en el texto del Art. 10 del Código Penal. **Tercera:** Si el máximo de las penas aplicable fuese el de la disposición específica aunque sobrepase el del Art. 45, esta disposición carecería en absoluto de objeto: bastaría con que el legislador no la hubiera dictado, y con atenernos a la parte especial del Código de las Penas se habría llenado el cometido de castigar los delitos conforme a esa parte especial y el de fijar también los tiempos necesarios para la prescripción.

Lo que pugna con el principio de que el contexto de una ley, en este caso el Código Penal, debe servir para ilustrar el sentido de cada una de sus partes de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Y no es armonizar los textos, propiciar una interpretación que haga inocuo e inoperante, vale decir prácticamente inexistentes, uno de ellos.

De idéntica manera, el artículo 60 del mencionado Código debe tener algún sentido. Si se aplicase, con prescindencia suya, el principio de la favorabilidad, nunca habría lugar a la conversión. Y resultaría una contradicción sostener, como se ha sostenido, la preferente aplicación de las normas de la parte general y luégo desechar dicha disposición.

No es inválido, de otro lado, la objeción del señor Procurador Segundo Delegado en lo

Penal cuando demuestra, con un claro ejemplo, que algunas conductas agravadas, al menos, quedarían con el mismo máximo de sanción que el delito in-genere, desemboque absurdo que no es posible propiciar.

Lo cual lleva a la Corte a concluir, armonizando los fundamentos esenciales de este fallo, que en el caso de los máximos contemplados en la respectiva disposición penal sean superiores a los fijados por el artículo 45 del Código de las Penas, debe convertirse ese máximo de acuerdo con el artículo 60. Se salvan así el principio de la favorabilidad, la aplicación preferente de las disposiciones normativas y la subsistencia y realidad de éstas, incluido el artículo 60.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos sesenta y cinco.
(Magistrado Ponente: Doctor Eduardo Fernández Botero).

Vistos

El señor defensor de Roberto Paeres Rubio interpuso recurso de casación contra la sentencia de diez y seis (16) de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) proferida por el Tribunal Superior de Manizales, confirmatoria, en relación con el procesado Paeres y en cuanto a la pena principal, de la dictada por el Juzgado 2º Superior del mismo Distrito Judicial, el diez y siete (17) de septiembre del mismo año.

Paeres fue condenado por el delito "de la estafa" a veintiocho meses de prisión.

Tramitado el recurso en debida forma, corresponde a la Corte resolverlo. Y a ello se procede, previos los siguientes considerandos:

El caso

Tras un accidentado proceso, pleno de injustificadas demoras, el Tribunal Superior de Manizales, por providencia de treinta (30) de octubre de mil novecientos sesenta y tres (1963), llamó a responder a Roberto Paeres Rubio y a otro en juicio criminal de trámites ordinarios, "por el delito genérico 'de la estafa' —son palabras del Tribunal—, de que trata el Capítulo IV, Título XVI, del Libro 2º del Código Penal, consistente en que, mediante maniobras engañosas (falsedad en documentos), obtuvieron en su beneficio y en perjuicio de la Federación Nacional de Cafeteros la suma de diez mil setecientos veintiséis pesos con cincuenta centavos ($ 10.726.50), hecho que tuvo lugar en esta ciudad el 6 de octubre de 1954".

El mismo día en que el señor defensor de Paeres fue notificado de la providencia enjuiciatoria —17 de marzo de 1964— solicitó que se declarara "la prescripción de la acción penal por haber transcurrido, sin interrupción, el tiempo requerido —sostiene en su memorial— para que opere tal fenómeno jurídico.

El Juzgado 2º Superior de Manizales no accedió a lo solicitado por el defensor, según auto de doce (12) de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), que, apelado, confirmó el ad-quem con fecha seis (6) de julio del mismo año.

El diez y siete de septiembre el Juzgado condenó a Paeres Rubio a la pena principal de veintiocho meses de prisión y a las accesorias de rigor, lo mismo que al pago de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción.

Apelado el fallo, el doctor Hernando Lozano Palacio insistió en la tesis de la prescripción, la cual estudió el Tribunal con notable ahinco y respeto al derecho de la defensa de que sus argumentaciones sean analizadas a espacio, para terminar rechazándola en la sentencia recurrida que confirmó la del inferior salvo en lo incidental referente a un embargo de bienes.

La demanda de casación

Invoca la causal primera del artículo 567 del C. de P. P. por ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Considera el recurrente que "se interpretaron erróneamente las normas dispositivas del fenómeno de la extinción de la acción penal... los artículos 105, 107, 45, 408 y 410 del Código Penal, al negar la declaratoria de prescripción, solicitada desde la notificación del auto de proceder. Petición fundada en la circunstancia de que iban corridos más de nueve años a partir de la fecha de la consumación del supuesto ilícito..."

Para fundamentar esa conclusión, el demandante sostiene en síntesis:

La acción penal, para las infracciones que tienen señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte, prescribe en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal, según las voces del artículo 105 de nuestro estatuto primitivo.

Es así que la sanción máxima para la estafa, de conformidad con el artículo 45 ibídem, tiene una sanción máxima de ocho años de prisión, luego, cuando se hizo el llamamiento a juicio, faltando apenas veinticuatro días para cumplirse nueve años a contar de aquél en que se realizó el ilícito, ya la acción penal estaba prescrita.

Y pretendiendo demostrar que la pena máxima por el delito de estafa es de ocho años de prisión, razona así:

¿Cuál es el término de prescripción de una estafa en cuantía superior a diez mil pesos, es decir, al tenor de los artículos 408 y 410 del Código Penal?

"Ocho años.

"¿Por qué ocho años y no catorce, resultado de la operación elemental de aumentar hasta en otro tanto la sanción de uno a siete años de prisión?

"Porque otra disposición legal, más favorable, el artículo 45 del Código Penal, ordena que nadie podrá ser castigado, en una sentencia, a pena de prisión, mayor de ocho años.

"Los autores nacionales, al tratar el problema planteado, coinciden en desatar el conflicto derivado de la contradicción entre las normas de la parte especial con las de la general del estatuto de las penas, sosteniendo que se aplica la norma general, por ser más favorable".

Transcribe luego citas de esos autores nacionales que considera pertinentes a su tesis y, para finalizar, escribe:

"La estafa se castiga con pena de prisión, luego no puede imponerse una sanción superior a ocho años por un solo delito de esa especie, y ocho años será el término de prescripción de su acción penal. Y como en el caso de autos, transcurrieron más de ocho años entre la supuesta fecha de consumación del ilícito y la ejecutoria del auto de proceder, la acción penal está prescrita".

El concepto del colaborador

Al descorrer el traslado, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, conceptúa:

a) Que está bien invocada la causal primera del artículo 567 del C. de P. P.

b) Responde, después de transcribir en su orden, los artículos 408, 410, 45 y 105 del Código de las Penas, lo siguiente que conviene copiar textualmente:

"a) Es indudable que el problema planteado por el distinguido recurrente, enfoca, en el fondo, la discordancia que pueda existir entre las normas antes transcritas, ya que de obedecerse a la letra del artículo 45, estrictamente, no podría sobrepasar la sanción, para el delito de estafa, en ocho años. Se entiende lo anterior, respecto al Art. 408 del C. P. que estructura la estafa in-genere, es decir compaginando los Arts. 45 y 408 del C. P., evento que corresponde exactamente a lo previsto por el legislador de 1936, para delitos tipificados, sin ninguna calificación.

"b) ¿Puede afirmarse la misma situación respecto de los Arts. 410 y 105 del Código de las Penas? Indudablemente no. Veamos someramente por qué.

"El Art. 410 del C. P., tanto en su letra como en su espíritu tiene inequívocamente como mira, la sanción de delitos más graves de estafa, atendiendo, por un lado el "quantum" de lo estafado, y del otro a las circunstancias subsiguientes al delito. Si la cuantía del reato, es mayor de diez mil pesos, indudablemente es una estafa, porque se encuentra dentro del Capítulo IV del Libro II del Título XVI, en que sus elementos estructurales, pero se ha agravado la sanción en vista del valor; y si con el delito, aún no llegando a la cantidad de diez mil pesos se ha colocado al sujeto pasivo, en dificultades de tal gravedad que atenten contra su subsistencia, es también delito de estafa, pero agravado por las condiciones en que se ha puesto, con la inconducta, a la víctima.

"Desde este punto de vista, es claro que el agente activo a quien se le haya probado una estafa que encuadre dentro de cualquiera de esos eventos, previstos en el Art. 410, obviamente, se le debe aumentar la pena por ello. No otro es el objeto de agravar la sanción y distinguir unas estafas de otras.

"El Art. 105, ya mencionado, establece la prescripción de la acción penal "... en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal..."

Y agrega más adelante, volviendo a la sustancia del problema planteado después de algunas disgresiones:

"Porque, aceptar la tesis del distinguido recurrente, en el fondo, implica, no solamente violar el Art. 105 del C. P., pues que conductas agravadas dentro del Código de las Penas, resultarían equiparadas a conductas generalmente tipificadas en la norma penal, y así, la violencia carnal, cometida con el concurso de otra u otras personas, o llevada a cabo por quien tuviera cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, estaría sancionada, con la misma pena de quien somete a otra persona al acceso carnal sin conocimiento de ésta, o mediante violencia física o moral, únicamente, cosa por lo demás aberrante, puesto que como antes se dijo, el espíritu del Código es sancionar más gravemente, delitos que atenten con mayor gravedad contra las disposiciones penales, como que dan muestra de una mayor peligrosidad en el agente, y consecuencialmente, elevan el lapso de prescripción de la acción penal".

Se considera

La acción penal, originada en toda infracción penal (artículo 8º del C. de P. P.), es un poder jurídico del Estado como titular del derecho de castigar, mediante el cual, y a través del proceso, propicia que la rama jurisdiccional compruebe la existencia de un hecho definido por él como delito y aplique una sanción. Como dice Hans Kelsen, "la relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual".

Esta facultad es, a la vez, una obligación estatal. Obligación concretada en normas legales que emanan de normas superiores, porque si es un deber del Estado proteger a todos los residentes en su vida, honra y bienes, uno de los medios indispensables para efectuar esa protección es —tiene que ser— no sólo la creación de un Código Sustantivo de las sanciones sino la aplicación de éstas a los realizadores de hechos definidos como ilícitos, que es precisamente la finalidad de la acción penal que se ejercita a través del proceso con observancia de las normas del procedimiento (artículos 283 y ss. del C. de P. P. y 16 de la Constitución Nacional).

Por eso la acción penal es también pública y oficiosa salvo casos especiales (artículo 9º del C. de P. P.), indivisible (artículos 52, 53 y 54 ibídem) e irrevocable cuando se trata de la investigación y del castigo de infracciones diversas a las que, excepcionalmente, sólo pueden investigarse a virtud de querella o petición de parte, salvo unos pocos casos expresamente definidos por el legislador (artículos 378 del C. P. y 23 del C. de P. P. y 3º de la Ley 8ª de 1925).

Mas ocurre que la facultad punitiva del Estado de Derecho se debe extinguir por diversos modos, al igual que la acción penal, puesto que siendo ésta un elemento de aquel derecho —como piensa Máximo de Castro— desaparecido éste, perece aquélla.

Y se debe extinguir porque ella tiene generalmente sujeto o sujetos pasivos que o mueren, o son favorecidos extraordinariamente por el indulto o la amnistía, o reparan a la sociedad y a la persona ofendida como en el matrimonio subsiguiente en los casos de delitos contra la familia, o en ciertos eventos, reciben el perdón del ofendido o se retractan de la calumnia y de la injuria, o son favorecidos por desistimientos permitidos, o los ampara la cosa juzgada o la prescripción.

Tratándose de ésta, el transcurso del tiempo indica: o que el Estado ha demostrado, por su morosidad, la falta de interés social para castigar, o que no puede indefinidamente someter a un sujeto o a varios a una interminable situación de imputación delictuosa que haría ilimitado su derecho de perseguir al presunto delincuente, amén de que se presume que la conciencia pública ha olvidado la conmoción y el desorden producido en ella por el ilícito.

Estas las razones de ser del artículo 104 de nuestro estatuto punitivo.

Y el 105 ibídem:

"La acción penal prescribirá:

"En treinta años, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad de veinte años o más.

"En un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte.

"En cinco años para los demás delitos".

Sobre este tema tiene dicho la Corte:

"Para determinar el tiempo necesario de la prescripción de la acción penal, se busca el máximo de la pena señalada por la ley para el delito sub-judice, pero, según el caso, relacionado ese máximo con los aumentos o disminuciones que la misma ley establece para las modalidades específicas que agravan o atenúan el hecho criminoso (Cas. 7 de octubre de 1954, LXXVIII, 1017; 25 de marzo de 1955, LXXIX).

Y también:

"La palabra **respectiva**, usada por el Art. 105 del C. P. que regula la prescripción de la acción penal, se deriva **de respecto**, que quiere decir relación de una cosa con otra. Luego, en buena lógica, ha qué entender que en cada caso es preciso consultar el texto legal que determina la pena..."

Esta jurisprudencia, que la Corte no va a cambiar en este fallo, se refiere a aquellos casos en que el máximo de la sanción fijada por la disposición penal que define el caso sub-judice no sobrepase los límites fijados por el artículo 45 del C. P. para la duración de las penas.

Pero como ocurre a veces lo contrario, o sea que existen incongruencias entre esta disposición y algunas de la parte especial tanto en los máximos (artículos 125, 161 inciso 2º; 254, inciso 2º; 258, inciso 2º; 317, 391, 398, 399, 405 y 410 del Código Penal) como en los mínimos (artículos 27, 28, 128, 130, 139 inciso 2º y 3º, 146, 149, 150, 151, 190, 193, 206, 246, 275, 336, 350, 353, 355, 382, 384, 385, 389, 400, 412 inciso 2º y 417 ibídem), el problema es de otra índole.

Concretándolo al caso estudiado, cabe preguntar:

¿Cuál es el máximo de pena que debe tenerse en cuenta para los distintos efectos, entre ellos para la prescripción, cuando el fijado por la disposición que define el caso sub-judice sobrepasa los límites fijados por el artículo 45 del Código Penal para la duración de las penas?

Como queda dicho, tanto el Tribunal de Manizales como el colaborador fiscal, optan por la tesis de que en ese evento el máximo de la pena que regula el tiempo de la prescripción es el de la disposición especial y no el del artículo 45. Por cuya razón tuvo en cuenta el de catorce años de prisión, señalado como tal máximo por el artículo 410 que castiga la estafa mayor de diez mil pesos ($ 10.000.00) y no el de ocho años de la misma pena fijados como límite de la prisión en el prenombrado artículo 45.

La Corte disiente de esa tesis, por las razones que pasan a exponerse, así:

Primera

El principio de la favorabilidad, consagrado en la Constitución (artículo 26) y repetido en otros preceptos (artículos 3º del C. P., 5º del C. de P. P. y 44 de la Ley 153 de 1887), es un mandato de la más alta categoría que implica, en materia criminal, la obligación de aplicar, en caso de descubrirse una contradicción entre dos normas, así pertenezcan a un mismo cuerpo de ordenaciones de igual categoría, la más favorable al sujeto pasivo de la acción penal.

Y es que el fallador, al encontrarse entre dos voluntades de soberanía para sancionar, debe desatar la contradicción para que el conjunto no la presente, y mal podría adoptar por escoger la más severa, así seduzca su adusto criterio, si el Estado, en el balance de sus dos determinaciones, al fin y al cabo se contenta con una que limita más su facultad de castigar.

El principio de la favorabilidad es aun más que un precepto contenido en las Constituciones: tal vez sea lo que la ciencia del derecho puro considera un supuesto, emanado de las propias características del sujeto pasible de la acción penal frente al Estado.

Ni se alegue en su contra una vieja jurisprudencia de la Corte según la cual "el principio de la favorabilidad no permite com-

parar dos artículos del mismo Código para atenerse al que asigne pena más suave sino que se refiere a la comparación entre la ley vigente al tiempo del delito y una ley posterior a él, a fin de que se prefiera, entre las dos, la que resulte más benigna", porque si la comparación entre la ley vigente al tiempo de realizarse el ilícito se hace con la posterior a él para aplicar la que sea más favorable al sujeto pasivo de la acción penal, en esencia el fallador está escogiendo entre dos voluntades del Estado para un solo hecho y para el mismo incriminado aquella en que el creador del derecho punitivo limita más, en favor de la persona humana su tremenda capacidad de castigar el delito, que es igual a lo que hace cuando compara dos disposiciones contradictorias del mismo cuerpo legislativo para aplicar la más favorable al individualizar y concretar el derecho al caso sub-judice.

Segunda

Aunque colocadas en el mismo Código y expedidas por el mismo órgano del Poder Público y en la misma forma, las disposiciones del estatuto punitivo tienen diferencias apreciables.

Cabe destacar, en primer término, que el Código Penal se divide en dos partes: una llamada general y otra intitulada parte especial. División que no obedece a un simple prurito metodológico del legislador sino que emana de más profundas razones: porque la parte general está destinada a sentar las bases o principios, resumen de una filosofía penal, que han de servir como de guía en la parte especial. Son reglas o principios, en su mayoría abstractos, destinados a propiciar el correcto entendimiento de la parte especial y su correcta aplicación, ora sea en cuanto a las infracciones, ora se refiera a los sujetos pasivos del delito, ya a la responsabilidad o los grados de la penalidad, bien a las sanciones y su definición y límites, bien a las consecuencias de éstas o la extinción de la acción y la condena penales.

En ese sentido puede asegurarse que las de esa parte son disposiciones de las que en un lenguaje tal vez no muy ajustado a nuestra terminología legal, pero sí muy expresivo, se han dado en llamar normativas.

Pertenecen, pues, a una categoría superior, por lo cual resulta inválido el argumento de que por llamarse generales deben ceder el campo a las de la parte especial cuando haya incompatibilidad entre una de aquéllas y una de éstas, pues la regla al respecto del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, se refiere a disposiciones de idéntica categoría no sólo en cuanto a su forma sino en cuanto a su materia.

Por la misma razón, tampoco es válido el principio de la posterioridad a que se opone la superioridad intrínseca de las normas de la llamada parte general. Superioridad que, además de las razones expuestas, está respaldada en el texto del artículo 10 del Código Penal.

Tercera

Si el máximo de las penas aplicables fuese el de la disposición específica aunque sobrepase el del artículo 45, esta disposición carecería en absoluto de objeto: bastaría con que el legislador no la hubiera dictado, y con atenernos a la parte especial del Código de las Penas se habría llenado el cometido de castigar los delitos conforme a esa parte especial y el de fijar también los tiempos necesarios para la prescripción.

Lo que pugna con el principio de que el contexto de una ley, en este caso el Código Penal, debe servir para ilustrar el sentido de cada una de sus partes de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Y no es armonizar los textos, propiciar una interpretación que haga inocuo e inoperante, vale decir prácticamente inexistente, uno de ellos.

De idéntica manera, el artículo 60 del mencionado Código debe tener algún sentido. Si se aplicase, con prescindencia suya, el principio de la favorabilidad, nunca habría lugar a la conversión. Y resultaría una contradicción sostener, como se ha sostenido, la preferente aplicación de las normas de la parte general y luego desechar dicha disposición.

No es inválida, de otro lado, la objeción del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuando demuestra, con un claro ejemplo, que algunas conductas agravadas, al menos, quedarían con el mismo máximo de sanción que el delito in-genere, desemboque absurdo que no es posible propiciar.

Lo cual lleva a la Corte a concluir, armonizando los fundamentos esenciales de este fallo, que en el caso de que los máximos contemplados en la respectiva disposición penal sean superiores, a los fijados por el artículo 45 del Código de las Penas, debe convertirse ese máximo de acuerdo con el artículo 60. Se salvan así el principio de la favorabilidad, la aplicación preferente de las disposiciones normativas y la subsistencia y realidad de éstas, incluído el artículo 60.

Aplicación al caso

La estafa de que se trata, definida en el artículo 408 del Código Penal y agravada según el 410 ibídem por ser su cuantía mayor de diez mil pesos, aparece sancionada con un máximo de pena de catorce años de prisión. Convertidos éstos a presidio, según las voces del artículo 60, serían nueve años y cuatro meses de tal pena, máximo si concorde con el aparte primero del prementado artículo 45.

La prescripción, pues, de la respectiva acción penal se realiza, en tal evento, en el transcurso de ese tiempo (artículo 105 del C. P.).

Y como entre la comisión del delito y la notificación del auto de enjuiciamiento había transcurrido un plazo mayor, síguese que la sentencia se dictó en un proceso ya prescrito, por errónea interpretación de los artículos 45, 60, 105, 408 y 410 del Código Penal, por cuya razón la causal invocada debe prosperar.

Al invalidar el fallo recurrido, esta invalidación debe favorecer al otro condenado, Héctor Arias Molina.

Fallo

Por tales motivos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta sentencia y en su lugar declara prescrita la acción penal y ordena la cesación de todo procedimiento por las causas que dieron lugar a la acción penal referida.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente y publíquese este fallo en la Gaceta Judicial.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

RECURSO DE REVISION

Causales 5ª y 3ª del Art. 571 del C. de P. P. — Dada la trascendente finalidad de este recurso, la ley subordina su buen suceso a exigentes presupuestos probatorios.

Para que prospere la causal tercera del artículo 571 del C. de P. P. —ha dicho la Corte— no basta ofrecer nuevos argumentos, aún suponiéndolos muy lógicos, sino que es necesario presentar la prueba de que "es falso algún testimonio, peritazgo, documento", etc. de aquellos que hayan podido determinar el fallo respectivo. El recurso extraordinario de revisión no es una tercera instancia, y por tanto siempre que a él se acude es preciso demostrar la existencia de alguna de las causales que la ley ha establecido sobre la materia. Bien se comprende que dada su trascendente finalidad —desvirtuar la fuerza de la cosa juzgada— la ley subordina su buen suceso a exigentes presupuestos probatorios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, 3 de agosto de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

El doctor Jaime Francisco Cotes Collantes, obrando en representación de Marina Muñoz de Moreno, interpuso ante la Corte el recurso extraordinario de revisión respecto del proceso en que se impuso a su poderdante, "como violadora del numeral 23 del artículo 7º del D. L. 0014 de 1955", relegación a colonia agrícola por el lapso de uno a cuatro años, según sentencias de 25 de mayo y 24 de julio de 1962, proferidas, en su orden, por el Juzgado 241 de Instrucción Criminal y el Juzgado Segundo Superior de Policía de Bogotá.

Agotado el trámite propio del recurso, procede la Corte a decidir.

Antecedentes

Ciñéndose en esencia a la realidad procesal, la sentencia de primer grado resume en los siguientes términos los hechos por los cuales se juzgó y condenó a Marina Muñoz de Moreno:

"Tuvo su origen la investigación en la denuncia número 1547 formulada con fecha 18 de abril del año en curso (se hace referencia al año de 1962, aclara la Sala) ante el Juzgado Permanente del Sur de esta ciudad por el señor Carlos Quiroga Ramírez, en la cual el denunciante con las formalidades legales y bajo la gravedad del juramento consigna los hechos manifestando que en la fecha anotada y en su calidad de vigilante del Almacén Ley Sucursal del Barrio Quiroga de esta misma ciudad fue informado por la vigilante del mismo almacén Lucy de Banguero que dos mujeres, indicándole a la sindicada referida y otra que se habían apropiado de un poco de medias y que inmediatamente condujo a tales mujeres a la oficina de detal del mismo establecimiento en donde empleadas del mismo almacén requisaron a esas señoras 'encontrándole a la que dijo llamarse Marina de Moreno, un poco de medias de mujer' en cantidad de treinta pares 'metidas en la faja que las mujeres usan en la sentura' (sic)".

Importa agregar que los hechos relatados ocurrieron, muy aproximadamente, a las ocho de la noche del citado 18 de abril; que momentos después Marina de Moreno fue conducida al Juzgado Permanente del Sur, Despacho al cual se llevaron también los

treinta pares de medias hallados en poder de aquélla, y que una hora más tarde fue formulada la respectiva denuncia por el vigilante Quiroga Ramírez. (Fls. 1 y 2, Cd. 1º).

Por auto del 25 de abril de 1962 se decretó la detención preventiva de la sindicada, y al proceso se le imprimió el trámite previsto en el Decreto 0014 de 1955, habiendo culminado con las sentencias condenatorias ya indicadas.

Demanda de revisión

Está contenida en el escrito que obra de folios 13 a 15 del cuaderno de la Corte, al cual acompañó el actor, para cumplir con los requisitos señalados por el artículo 572 del C. de P. P., los testimonios extrajudiciales del Sargento Jesús Claros Navarrete y de los señores Jaime Bernal, Alfonso Rozo Fernández y Juan Francisco Malagón, quienes posteriormente, dentro del término probatorio a que se refiere el artículo 573 ibídem, ratificaron sus respectivas declaraciones, excepto el último de los nombrados.

El demandante funda el recurso en los numerales 5º y 3º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, pertinentes en el presente caso conforme al artículo 76 del Decreto número 14 de 1955. Y al amparo de tales disposiciones, arguye lo siguiente:

"**Cuarto.** Los hechos-pruebas nuevas que acredito en forma anexa al presente escrito del recurso extraordinario le darán una claridad meridiana de la inocencia de **Marina Muñoz de Moreno,** para que se ordene la revisión pedida, ya que los **testimonios de los señores: Sargento Segundo de la División Cundinamarca, Jesús Claros Navarrete y Alfonso Rozo Fernández, Juan Francisco Malagón y Jaime Bernal,** son claros, objetivos e uniformes en señalar a **Inés Pulido** con (sic) la autora de la infracción penal de autos, con lo cual conforme a la ley, debe admitirse el recurso impetrado.

"**Quinto.** El testimonio en autos que ha servido de base fundamental para condenar a la señora **Marina Muñoz de Moreno,** es el de la **empleada Hilda María Jaramillo Nieto,** de los **Almacenes Ley S. A.,** pero resulta, que ese testimonio es **inexistente en los autos o falso,** ya que dicho testimonio no fue llevado al **Juzgado 241 de Instrucción Criminal con funciones de Policía,** en ninguna forma legal, ya que se recibió ante el **Juzgado 242 de Instrucción Criminal de Bogotá con funciones de Policía,** luego esa prueba falsa, no puede servir para fundamentar la condena que pido se revise por nuestra Suprema Entidad de Justicia".

Alegato del Ministerio Público

Contiene el alegato del Procurador Segundo Delegado en lo Penal una síntesis de los hechos que originaron el proceso, substancialmente acorde con la versión que informa los fallos de primera y segunda instancia, resumen al cual sigue un compendio de la actuación procesal. Dentro de ese esquema, el colaborador anota lo siguiente: "como dato de simple interés objetivo debe destacarse que por la Sección Técnica del 'Sic' se constató que Marina Muñoz Bohórquez, o Muñoz de Moreno está reseñada bajo el número 28382 y que presenta varios antecedentes, por vía informativa, como carterista, como sindicada de lesiones, como sindicada de los delitos de hurto y lesiones, nuevamente".

La Procuraduría se refiere además a los elementos de juicio que determinaron la condena de la procesada y a aquéllos en que la demanda se apoya para impetrar la revisión del proceso. Y fundada en tales premisas, llega a estas conclusiones:

"No encuentra este Ministerio Público el hecho nuevo que dé pábulo para establecer la inocencia o irresponsabilidad de la Muñoz; la prueba con que pretendió estructurarse es deficiente hasta el extremo de que tampoco logra constituir indicio grave de tal inocencia o irresponsabilidad: ni el hecho nuevo se demostró, ni las pruebas que se pretendieron traer para conformarlo son aptas.

"El ordinal 3º del Art. 571 tampoco se evidenció ni en la demanda ni a través de las pruebas; es un mero aserto, muy discutible por cierto, propuesto por el recurrente, en el sentido de tachar de falsa la declaración de Hilda María Jaramillo Nieto, empleada de los Almacenes Ley, que reconociera en la Muñoz a la persona que sustrajera los artículos puestos en exhibición al público. Absolutamente nada se probó sobre ese particular".

Consecuente con tal criterio, el Procurador pide a la Corte que niegue la revisión solicitada.

El alegato de la parte actora se endereza a criticar la vista fiscal, reiterando los planteamientos de la demanda e insistiendo en la tesis de que las sentencias de primero y segundo grado se produjeron sin que existieran en el proceso los presupuestos probatorios que para condenar exige el artículo 203 del C. de P. P.

Consideraciones de la Corte

a) Las sentencias condenatorias contra las cuales se interpuso el recurso extraordinario de revisión no sólo descansan en las ya conocidas aseveraciones del vigilante señor Carlos Quiroga Ramírez, sino también, y de manera muy principal, en los testimonios substancialmente armónicos de Lucy Rodríguez de Banguero e Hilda María Jaramillo Nieto, recibidos el 24 de abril de 1962, vale decir, pocos días después de ocurridos los hechos sobre los cuales deponen.

"El día miércoles pasado —dijo la primera de las declarantes citadas— es decir el día miércoles santo aproximadamente faltando un cuarto o diez minutos para las ocho cuando yo me encontraba en la Sección Miscelánea es decir en donde venden tijeras, cubiertos clemayeras, (sic) botones y así vi cuando estaban un par de señoras en la sección de medias para señora, entonces yo vi con intención de que iban a robar y yo me quedé mirándolas y una señora más alta puso la cartera sobre las medias que estaban encima del mostrador y cogió y amontonó un poco y voltió (sic) a mirar a ver quién la estaba viendo; miró alrededor a ver quién la estaba viendo y entonces yo me hice la disimulada y entonces la otra o sea la compañera de esa vieja se le acomodó de tal manera que la otra pudiera guardarse las medias sin que se dieran cuenta y vi cuando la señora cogió un poco de medias y se las metió por debajo del vestido o la bata por entre las piernas, entonces fue cuando yo fui y le avisé al vigilante y entonces el vigilante las cogió a las dos cuando estaban saliendo y las entraron a una oficina y la señorita que está aquí le dijeron que las requisara a ambas y de ahí yo no sé nada más". (Fl. 5, Cd. principal).

A su vez la señorita Hilda Jaramillo Nieto relata que siendo las ocho de la noche del 18 de abril citado, hora en que se hallaba prestando sus servicios como empleada del Almacén Ley de la carrera 23 con calle 31 sur de esta ciudad, "el detective secreto" del referido establecimiento comercial le pidió el favor de requisar a dos señoras que estaban en la oficina "del detal del mismo Almacén". Y agrega: "Yo le dije a una de las señoras que se sirviera entrar al baño. Yo entré con ella y entonces observé que la señora echó el pasador del baño parte interior, entonces, como eso es peligroso yo corrí el pasador como para que la puerta de entrada no quedara asegurada. Me puse a esculcarle y le encontré en medio de las piernas de ella sostenida con una faja carioca, treinta pares de medias para mujer, de colores distintos y de precio de siete pesos noventa y cinco centavos cada par, precio de venta al público, esas medias son marca berky (sic). No le encontré más".

En el acta que recoge el testimonio anterior se hace constar que el instructor formuló a la deponente esta pregunta: "Sírvase decir si estas medias que se le ponen de presente marca Berkshire stockings, (sic) para mujer, son o no las mismas que Ud. afirma haberle encontrado entre las piernas a la mujer a que se ha referido? Su respuesta, al mostrársele las medias llevadas al Juzgado Permanente del Sur por el señor Quiroga Ramírez la noche en que formulara la denuncia, fue la siguiente: "Sí señor Juez, son las mismas medias que yo le aprehendí a la mujer a que me he referido en la presente declaración". Y un poco más adelante la testigo suministra algunos detalles demostrativos de su aptitud para identificar las medias por ella reconocidas. (Fl. 6 y vto., Cd. citado).

b) Marina Muñoz de Moreno acepta en su indagatoria haber estado en el Almacén Ley del Barrio Quiroga la noche de autos, y que allí fue requisada y luego conducida a la "Estación 100", pero niega que a ella le hubiesen encontrado las referidas medias. El motivo de su requisa y captura lo explica así: "Cuando yo me acerqué al puesto de Medias para Mujer con fines de com-

prar un par de medias para mí, habían (sic) dos mujeres que estaban escogiendo medias y haciendo montones y al estar haciendo montón se le cayeron un poco al suelo. Entonces, yo de gentil, me puse a ayudarles a recoger del suelo algunos pares de medias y ellas también recogieron del suelo las que se iban cayendo..." Añade, en síntesis, que en ese momento un empleado del almacén "agarró" a una de esas dos señoras, a tiempo que la otra desaparecía, y que fue a esa señora aprehendida por el vigilante, de nombre Inés Pulido, a quien en la requisa le encontraron las medias, razón por la cual la captura de la indagada se debió simplemente a una equivocación.

c) Ahora se pretende socavar las bases mismas del juicio contraponiendo al acervo probatorio del proceso las declaraciones del Sargento Segundo de Policía Jesús Claros Navarrete y de Alfonso Rozo Fernández, Juan Francisco Malagón y Jaime Bernal, quienes afirman que por hallarse presentes en el Almacén Ley —Sucursal del Barrio Quiroga— la noche de autos, conocieron a la Muñoz de Moreno y presenciaron algunos aspectos de los hechos en que aquélla se vio comprometida.

Claros Navarrete manifiesta, primero, que él, Rozo Fernández, Malagón y Bernal se enteraron de que las medias se habían encontrado en poder de la "joven Inés Pulido" porque se los informó la empleada del Almacén que practicó la requisa. Y a renglón seguido afirma que "intervinieron para sacarle las medias a Inés Pulido, el Celador, dos empleadas, mi persona y los otros tres testigos antes anotados". No llegan a tanto éstos en sus respectivas declaraciones. Por el contrario, del contexto general de las mismas se desprende que ni siquiera tuvieron acceso a la oficina en cuyo baño anexo se practicó la requisa. Obsérvese que Lucy Rodríguez de Banguero e Hilda Jaramillo Nieto, las dos empleadas del Almacén que directamente siguieron el curso de los acontecimientos, en ningún momento mencionan la presencia de personas extrañas en la referida oficina. Pero hay más: La misma procesada expresa de manera rotunda en su indagatoria: "Me requisaron en un cuartico adentro del Almacén. Me requisaron a solas".

Ciertamente, tan deleznables testimonios no establecen la inocencia o irresponsabilidad de la condenada, ni constituyeren indicios graves de tales inocencia o irresponsabilidad, presupuestos indispensables para que, con fundamento en el numeral 5º del artículo 571 del C. de P. P., se imponga la necesidad de ordenar un nuevo juicio.

d) Se sustenta la causal tercera de revisión con el argumento de que el testimonio de la empleada Hilda María Jaramillo Nieto "es inexistente en los autos o falso ya que dicho testimonio no fue llevado al Juzgado 241 de Instrucción Criminal con funciones de Policía, en ninguna forma legal, ya que se recibió ante el Juzgado 242 de Instrucción Criminal de Bogotá..."

Ni lo uno ni lo otro. Se trata sencillamente de un inocuo error mecanográfico en virtud del cual al encabezar la diligencia que recogió la declaración de la señorita Jaramillo Nieto se escribió "**Juzgado doscientos cuarenta y dos...**", en vez de "**Juzgado doscientos cuarenta y uno...**" La mejor prueba de ello es que dicha acta, fechada el 24 de abril de 1962, aparece firmada por el doctor **Rafael Hernández Lee** (Fl. 6 vto., Cd. 1º), quien como Juez Doscientos Cuarenta y uno de Instrucción Criminal suscribe el mismo día, dentro del proceso de que así se habla, otras diligencias, tales como las actas en que constan el testimonio de Lucy Rodríguez de Banguero (Fls. 7 a 9, id.) y la indagatoria de Marina Muñoz de Moreno (Fls. 7 a 9, id.), funcionario aquel que precisamente tomando en cuenta la declaración de la señorita Jaramillo Nieto, entre otros elementos de juicio, profirió con fechas 25 de abril y 25 de mayo de 1962, el auto de detención preventiva y el fallo condenatorio de primer grado, en su orden.

Se trata, pues, de un simple aserto del actor, contradicho por la lógica y la realidad procesal.

e) Para que prospere la causal tercera del artículo 571 del C. de P. P. —ha dicho la Corte— no basta ofrecer nuevos argumentos, aún suponiéndolos muy lógicos, sino que es necesario presentar la prueba de que "es falso algún testimonio, peritazgo, documento", etc., de aquéllos que hayan podido determinar el fallo respectivo. El recurso extraordinario de revisión no es una ter-

cera instancia, y por tanto siempre que a él se acude es preciso demostrar la existencia de alguna de las causales que la ley ha establecido sobre la materia. Bien se comprende que dada su trascendente finalidad —devirtuar la fuerza de la cosa juzgada— la ley subordine su buen suceso a exigentes presupuestos probatorios.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA el recurso de revisión a que se refiere la parte motiva y ORDENA devolver el proceso al Juzgado que corresponda, dejando en la Corte copia del fallo.

Notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTOS

Daño genérico en el delito de falsedad en documentos. — Daño específico en algunas hipótesis de esta infracción penal. — Falsedad en instrumentos negociables. — Facultad de la Corte en el examen de la prueba, dentro del recurso de casación. — Designación indirecta del perito y validez de esta prueba. — Testigo único. — Cargos no presentados en la demanda. — Discordancia entre el cargo específicamente determinado en el auto de proceder y el que se tomó en cuenta en la sentencia. — Causal 3ª de casación.

1. Ciertamente, como expresa el demandante, son documentos privados los instrumentos negociables. Pero al ocuparse de ellos el Art. 233 del C. P., excluyó la represión de la falsedad que en ellos se cometa de los requisitos indicados en el Art. 240 de la misma obra, para establecer, así, una mejor tutela de aquellos documentos.

La conveniencia de rodear de mayores garantías las obligaciones que se contraigan mediante los instrumentos negociables y la necesidad de proteger de manera más eficaz la autenticidad de las firmas de las personas que en ellos intervienen, la cual se presume, de acuerdo con el Art. 4º de la Ley 46 de 1923, hizo necesario, para los efectos de reprimir la falsedad que en esos documentos se cometa, que quedaran en el mismo plano de igualdad con los documentos públicos, sin que se exija para que ese delito se configure el perjuicio a tercero o la intención de causarlo, condiciones asimismo requeridas en los casos de falsedad en los documentos privados. La ley penal, pues, ha asimilado los instrumentos negociables a documentos públicos, para el exclusivo fin de reprimir su falsificación.

2. Ha dicho en numerosas ocasiones la Corte que su facultad en la estimación de las pruebas, dentro del recurso de casación, "se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad". (G. J. Tomo LXXXI, Nros. 2160, 2161, Pág. 845 a 846, entre otros).

3. En la práctica, al dirigirse el funcionario de instrucción criminal al Departamento Administrativo de Seguridad para que se practicara la peritación grafológica, dado el carácter oficial de esta entidad y sus funciones de auxiliar de la Administración de Justicia, no sólo cabe entender que aquél —el funcionario de instrucción— indirectamente hizo la designación del perito, concretándolo en la persona que fue nombrada por ese Departamento Administrativo de Seguridad, sino que, de otra parte, el juramento que han prestado los funcionarios que sirven en esta Oficina del Estado es suficiente garantía para que las conclusiones del experto cuenten con ese respaldo legal que ordena el Art. 261 del C. de P. P.

Igual cosa ocurre cuando el juez o funcionario de instrucción criminal solicitan los antecedentes judiciales o de policía de un procesado, pues la labor de búsqueda en los archivos implica la intervención de expertos en dactiloscopia.

4. Cuando se comete el delito de falsedad en instrumentos negociables no se requiere la intención de causar perjuicio a terceros. Basta, para integrar el elemento subjetivo del delito en esta hipótesis, que se tenga la

intención de alterar la verdad por algunos de los medios indicados en el Art. 231 del Código Penal, sin que el fin al cual se destine el documento falso forme parte integrante del dolo.

5. El Código Penal colombiano es finalista en los casos de falsedad en documento privado (Art. 240) y en los eventos de uso, a sabiendas, de un documento público o el de aquéllos que mencionan los artículos 232 y 233 (Art. 234 del Código Penal), pues en todas esas hipótesis delictivas, se exige, como expresamente lo indican esas disposiciones, que la falsedad cause perjuicio a tercero o que, al menos, exista en el agente el propósito de causarlo, constituyendo este resultado o aquel dolo específico una condición típica del delito, en esos eventos de falsedad documentaria.

En cambio, no exige el Código Penal ninguna de esas condiciones típicas en los casos de falsedad en documento público (Art. 231), ni en aquéllos a los cuales se refieren los Arts. 232, 233, 235, 236, 237, 238, 239, 243, 244 y 246, pues en ninguna de estas disposiciones se indica que la conducta debe haber ocasionado daño a tercero o que el agente tenga el propósito de ocasionarlo.

Claro está que todo delito debe causar un daño o al menos, representar un peligro de daño. Pero en los eventos inmediatamente antes citados basta esa lesión genérica al interés de la fe pública, bien éste que Binding concreta en "la recta efectividad de la prueba" y que Quintano Ripolles denomina "la genuinidad documentaria". Unicamente en los casos de los Arts. 240 y 234 del Código Penal se repite, se requiere, además de esa lesión genérica a la fe pública, que un tercero sufra un perjuicio o que el agente se proponga realizarlo.

De la misma manera, en el campo subjetivo del delito, el dolo, en todos los casos de falsedad en documentos, consiste en la intención o conciencia de efectuar una mutación de la verdad, sabiendo que daña o puede dañar esa "genuinidad documentaria" o esa "recta efectividad de la prueba" (fe pública). Unicamente en las conductas que sancionan los Arts. 240 y 234 se hace indispensable, además, la intención específica (dolo específico) de perjudicar a terceros, sea que este daño se ocasione o no.

6. No corresponde a la Sala tomar en cuenta el cargo formulado por el defensor en el alegato escrito presentado dentro del trámite del recurso, durante la audiencia pública, relativo al testimonio único, como plena prueba de responsabilidad para condenar al recurrente, pues éste no es un nuevo cargo propuesto en la demanda de casación sino un escrito llevado por el actor a la mencionada audiencia. De otra parte, no sobra indicar que no se trata de prueba única la considerada para condenarlo, porque la peritación grafológica lo señala como autor de la falsedad aludida; y además solamente con respecto al indicio se dice en la ley de procedimiento penal que uno solo "no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada". En cuanto al testimonio, el Código de Procedimiento Penal señala al Juez la facultad de "apreciar razonadamente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquéllas en que se rinda la declaración", (Art. 224). No se indica, pues, ninguna restricción en cuanto a la fuerza de convicción que tenga un solo testigo, quedando su credibilidad, como se ha visto, al examen que lleve a cabo el juzgador a ese respecto.

7. Cuando el ordinal 3º del artículo 431 del C. de P. P. manda que en la parte motiva del auto de proceder se haga una "calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen", es evidente que, en lo que respecta a los motivos de agravación de la responsabilidad, sólo pueden tomarse en consideración en la sentencia los que se han indicado en el pliego de cargos. Si en un fallo condenatorio se dedujeran circunstancias especiales de agravación de la pena, no señaladas en el auto de proceder, se quebrantaría la unidad del juzgamiento y el deber de lealtad para con el enjuiciado, pues se le condenaría por cargos que, por no habérsele formulado oportunamente, mal podía, respecto a ellos, adelantar su defensa.

Así, pues, si al procesado se le llamó a juicio por el delito de falsedad en documentos, especificando el cargo dentro de la previsión contenida en el artículo 234 del Código Penal, esto es, por haber hecho uso "con propósito de lucrarse o perjudicar a terceros, de un documento falso...", a sabiendas de su falsedad, mal se le puede condenar por un hecho específicamente distinto y que acarrea una mayor represión, como ese que tipifica y sanciona el artículo 233 del mismo código. La consonancia que deben guardar la sentencia y el pliego de cargos que se hace al enjuiciado en el auto de proceder, así como la lealtad que corresponde guardar frente a éste, para que la defensa que ejercite sea plena, impiden que se haga una condenación en tales circunstancias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá. agosto 12 de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por los procesados **Escolástico Herrera Ortiz y Gerardo Alejo Huertas** contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 2 de noviembre de 1963, por la cual les fue impuesta la pena principal de cuatro (4) años de presidio, como responsables del delito de falsedad en documentos.

Ambos recurrentes, mediante abogados inscritos en la Corte, presentaron las correspondientes demandas de casación.

Hechos

El ad-quem hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"1º Mediante escritura número 770, corrida en la Notaría Sexta de Bogotá, el día veintiocho del mes de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, Escolástico Herrera Ortiz, comerciante en oficio, vendió a Hipólito Vergara Ruiz, por la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) la casa número 4-90, de la calle 16 Sur, del Barrio 'San Cristóbal', de esta ciudad, casa ésta que se hallaba hipotecada por la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00), a favor de Ana María Pérez de Hoyos. Se pactó que el comprador pagaría la suma de diez mil pesos y se subrogaría en la mencionada hipoteca.

"2º Gerardo Alejo Huertas llenó de su propio puño y letra una 'letra de cambio', a la cual se le puso como fecha la correspondiente al 22 de marzo de 1954; en ella aparece como beneficiario Guillermo Rivas, quien la firmó en el anverso, y, como giradores, el citado Huertas y Priscila Castillo, amante al parecer de aquél.

"Ulteriormente, estampó en el reverso del instrumento el nombre de Guillermo Rivas y aquél apareció endosado a los esposos Escolástico Herrera Ortiz y Emperatriz González de Herrera, y Gerardo Alejo Huertas.

"Y finalmente, con fecha 10 de febrero de 1955, Emperatriz Herrera y Escolástico Herrera endosaron la misma letra a favor de Rafael González Gutiérrez, concuñado de Escolástico y padrino del mismo. El nombre de Emperatriz fue puesto sin embargo por el propio Escolástico Herrera Ortiz.

"Hasta aquí los hechos, según la limitación procesal hecha en el auto de proceder. Cabe observar, empero, que el abogado Gustavo Delgado Rojas, cuya conducta profesional ordena investigar el **a-quo**, con poder del padrino de Escolástico, consiguió que el día 23 de abril de 1955 fuera embargada la casa vendida por éste, con lo cual se impidió el registro de la Escritura de venta primeramente citada".

Fundamentos del fallo impugnado

De la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá corresponde transcribir lo que sigue:

"En dos ocasiones el perito grafólogo Alberto Posada Angel dictaminó en relación con los hechos constitutivos del proceso, en especial con la letra de cambio cuestionada.

"En el primer dictamen (Fl. 89) rendido el 12 de mayo de 1958, se dijo, entre otras cosas: '... la firma Guillermo Rivas R. al frente del instrumento de recaudo visto al folio 1º del ejecutivo de Rafael González contra Escolástico Herrera y otro... es auténtica. El texto de expedición de dicho documento fue escrito por el declarante Gerardo Alejo H. (Fls. 40 y 50 ibídem)... en cuanto a la firma de endoso Guillermo Rivas, al reverso del documento aludido, de inmediato la percepción establece su carác-

ter apócrifo, ni siquiera falso, ya que no alcanza a ser ni aún una simple imitación de la autografía de Rivas'.

"En el segundo dictamen (Fl. 102), firmado el 17 de septiembre de 1958, expresa el citado perito que: '...la firma incriminada y hallada falsa en el informe anterior y que dice Guillermo Rivas al reverso del documento cuestionado fue escrita por el señor Gerardo Alejo H. (Fls. 49, 50 y 119), toda vez que en ella se encuentra, pese al grado de desfiguración formal con que fue hecha, el peculiar acento energético que éste imprime a todo el lineamiento de su grafismo...'

"Entre las pruebas allegadas al informativo en orden a demostrar..." la responsabilidad de los procesados..., "conviene destacar las siguientes:

"1º. Oído en declaración indagatoria Gerardo Alejo Huertas (Fl. 108), manifiesta, entre otras cosas, que: '...hace unos cuatro años... hubo un cliente que trabajó conmigo en construcción y se llamaba Guillermo Rivas. Este señor me prestó unos centavos y yo le aboné a él como mil quinientos pesos en calzado...; me dijo que era por allá del lado del Tolima. Yo le giré una letra a favor de Guillermo Rivas por el valor de esa plata. Creo que esa letra está firmada también por la que era mi mujer, llamada Priscila Castillo...; después fue otro tipo, un tal Herrera, a cobrarme esa letra diciéndome que él la tenía, que a él se la había dado..., yo le dije que sí la debía...; yo le dije a Guillermo Rivas el zapatero que si me prestaba una firma para que me prestaran una plata y él firmó la letra que yo le giré al otro Guillermo Rivas...; yo llené esa letra, fue llenada de mi puño y letra. La firma que dice en el anverso Guillermo Rivas... no sé quién será. Debe ser la firma del zapatero. El fue el que firmó allí...; yo entregué la letra al tolimense Guillermo Rivas, firmada por Guillermo Rivas el zapatero en el anverso y por mí y por Priscila Castillo en el reverso, después de la palabra aceptada. Lo demás estaba en blanco y no tenía esas otras firmas ni endosos...'

"2º. El procesado Escolástico Herrera ha dado dos versiones, en el decurso de la investigación. En primer término dio una versión acorde con la del procesado Huertas; en la segunda se retractó y dio una versión en la que se contienen gravísimos cargos a su padrino y concuñado, el otro 'constructor' Rafael González y al abogado de éste, doctor Gustavo Delgado Rojas, versión o retractación, más exactamente, dada en el curso de la audiencia pública. Tales versiones, son las siguientes:

"a) Declaración (F. 43) de Escolástico Herrera, el día 25 de septiembre de 1956, en la cual se lee: '... a un señor Guillermo Rivas lo conocí yo en Villavicencio. Lo conocí hace más o menos un año. Ese señor era así como albañil y obrero y las relaciones eran que él ayudaba a trabajar en una obra que yo tengo..., era así como campesinito, me dijo que era por allá del Tolima o de Caldas y exiliado...; allí duró viviendo poco, por ahí unos dos meses...; me dijo que iba de aquí de Bogotá...; me dijo que me iba a pagar la madera con una letra que le había dado un señor Alejo y le dije 'bueno', yo no me suplo de nada, pero yo conozco a Alejo porque lo he visto en un negocio que tiene en Bogotá...; entonces yo le recibí la letra por tres mil y pico de pesos, esa letra se la dí yo en pago de la dirección de mi obra y los planos a un señor Rafael González, que es un padrino mío, es cuñado de mi señora, y de un poco de cemento, porque yo no tenía plata para pagarle...'

"b) Declaración de Escolástico Herrera (F. 284 y ss.) en la diligencia de audiencia pública, en la cual se lee: '...cuando vendí yo la casa y al ver que los compradores no pagaban la hipoteca subrogada, un familiar del comprador que era el mismo de la hipoteca, me dijo que con seguridad me habían robado, porque esos eran unos pícaros; entonces yo me fui para donde el doctor Delgado, le conté el asunto del negocio y le dije que yo le debía una plata al señor González que es mi padrino, entonces el doctor Delgado sacó de su billetera una letra y me dijo: fírmeme esa letra que con eso podemos trancar el registro de la escritura para que así los compradores le paguen la hipoteca al señor Hoyos...; yo nunca he ido a cobrarle al señor Alejo ni solo ni acompañado...; lo volví a ver en la oficina del doctor Delgado...; ni sabía el negocio de tal letra, yo no tenía noticia de que la letra que yo había firmado figurara el

nombre del señor Alejo...' "Refiriéndose al abogado, doctor Delgado Rojas, agrega el declarante: '...yo no lo había conocido antes, hasta ese día, porque me lo recomendaba el padrino Rafael González...; me dijo que si a mí me llegaba a preguntar de esa letra, que dijera que yo no sabía nada, que dijera que esa letra era de un exiliado, que yo se la había recibido en parte de pago de unas maderas, cosa que era mentira, pero como él era mi abogado, yo atendía las órdenes que él me daba... y la letra la firmé porque él me dijo que con eso se podía defender el negocio...'

"Refiriéndose, además, el citado procesado en esta declaración a la estampación de la firma de su señora esposa, expresa el procesado, luego de reconocer su propia firma, que '...creo que esa firma de mi señora me la hizo hacer el doctor Delgado..." (Fl. 287).

"3º. Y precisamente doña Emperatriz González de Herrera, quien en su indagatoria (F. 51), sin negar nada, se limitó a expresar que: '...tal vez he podido firmar porque mi marido me haya dicho, firme aquí. Yo no hago sino cumplir órdenes...; yo firmo muchas letras cada rato...; cada rato me dice mi marido firme letras y las firmo, sin saber para qué'. "Y más tarde (Fl. 160 v.), la citada señora aclara su primera declaración, expresando: 'no es mi firma... la firma que dice Emperatriz G. de Herrera no es mi firma'..."

Se dice más adelante en el fallo del Tribunal Superior de Bogotá que ambos procesados incurrieron en el delito de falsedad, de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 231 del Código Penal, pues "ambos aparecen haciendo endosos del citado instrumento negociable, desfigurando la verdad. En cuanto a Huertas, la prueba pericial... demuestra que fue él quien estampó la firma de 'Guillermo Rivas' en el reverso del mencionado documento... Por otra parte, la credibilidad ofrecida por esta prueba 'técnica' se robustece si se tiene en cuenta que el instrumento negociable en cuestión fue llenado en su totalidad por el mentado procesado Gerardo Alejo Huertas, lo cual, además, hacía más fácil la confrontación realizada por el perito grafólogo... En cuanto a Escolástico Herrera, él nunca ha negado a través de ninguna de sus versiones, ser el autor del endoso realizado a favor de Rafael González Gutiérrez, su padrino y concuñado. Tampoco existe duda alguna de que fue él, Escolástico Herrera, quien estampó la firma de Emperatriz González de Herrera, su esposa. Esto, no sólo termina por reconocerlo el propio Escolástico, sino que lo demuestra la declaración de la señora Emperatriz... De consiguiente, dos son los hechos plenamente demostrados dentro del informativo en relación con el procesado Escolástico Herrera: Primero, endosó ilícitamente una letra de cambio; y segundo, hizo figurar también como endosante a la señora Emperatriz de Herrera, estampando él la firma de ésta. Por lo tanto, ubicados estos dentro del cuadro del artículo 231 del Código Penal, se tiene entonces que Escolástico Herrera, en primer término, realizó una falsedad material, al contrahacer o fingir la firma de la señora Emperatriz de Herrera. En segundo término realizó una falsedad ideológica, al hacerse aparecer como parte en una relación jurídica inexistente; al aparecer como beneficiario, en razón de su endoso, de una obligación que, obviamente él sabía bien que no existía. En efecto, Escolástico Herrera utilizó una letra, frente a la cual no tenía ningún derecho, nada menos que para pagarle una deuda a su padrino, el señor Rafael González Gutiérrez; esta falsedad ideológica, pues, se consumó en el momento mismo en que Escolástico endosó el citado instrumento negociable..".

Y después de un estudio sobre el alcance jurídico de los términos "fingimiento" y "contrafacción", a que alude el ordinal 1º del artículo 231 del Código Penal, concluye el **ad-quem** observando que "tanto el procesado Gerardo Alejo Huertas, como el procesado Escolástico Herrera, en cuanto al delito de estafa, también imputado a ellos, apenas se encuentran sobreseídos temporalmente, y que, conforme a la naturaleza del auto de proceder, el juicio únicamente se encuentra circunscrito a la infracción por la cual se profirió dicho llamamiento, esto es, al delito de falsedad documental".

En cuanto a los presupuestos de culpabilidad y antijuridicidad, anota el fallo lo que pasa a transcribirse:

"De lo expresado hasta el momento se concluye que, por parte de los procesados, se procedió dolosamente. Se encuentra pues plenamente demostrado el elemento culpabilidad del delito, en su extremo doloso. Es importante observar que, con respecto a este elemento del delito de falsedad, ha dicho la Corte en repetidas ocasiones: 'El dolo en la falsedad requiere el conocimiento por parte del sujeto activo, de la inexactitud del escrito. Y como éste se encamina a producir en otro un engaño, mediante la traición a la fe pública que los hombres depositan en la prueba documental el dolo de la infracción radica, por tanto, en la conciencia y voluntad de afirmar un hecho falso para hacerlo aparecer como verdadero, con peligro de los derechos ajenos. En consecuencia, el error y la buena fe excluyen el dolo aun que se tenga por verdadero lo que realmente no lo es', (G. J. t. XXXII. Nos. 2163 y 2164, p. 146)".

Se dice, asimismo:

"Se ha visto que, en su segunda versión, el procesado Escolástico Herrera afirma que él puso en la letra de cambio tanto su firma, como la de su señora esposa, por insinuación del abogado doctor Gustavo Delgado Rojas, abogado de su padrino Rafael González Gutiérrez. Es preciso reconocer que, tan graves y delicados hechos no se encuentran plenamente demostrados dentro del informativo, que, de estarlo, llevarían a la conclusión que plantea, a modo de hipótesis, el señor apoderado de Escolástico Herrera (Fl. 313 del Cd. 1º), doctor Martínez Benavides; o a la posible comisión de un delito de diversa índole. Para poner en claro esta situación, en todo caso, y, cualquiera que sea el resultado a que se llegue, el Juzgado de primera instancia ordenó que se compulsaran copias de lo pertinente. De toda suerte, aceptado únicamente en gracia de discusión el aserto del procesado Herrera y, precisamente por la forma como él lo plantea, es preciso admitir que de haber existido tales hechos, ellos en ningún caso pueden siquiera llegar a la insinuación de una insuperable coacción ajena, causal de impunidad, ninguno de cuyos elementos se ha demostrado en el informativo".

Demandas de casación

Los doctores Agustín Gómez Prada y Julio Romero Soto, en representación de los recurrentes Escolástico Herrera Ortiz y Gerardo Alejo Huertas, en su orden, formulan los siguientes cargos, respectivamente, a la sentencia impugnada:

Primera demanda

Invoca el doctor Gómez Prada las siguientes causales de casación:

a) Causal segunda

1º. "El Tribunal...", dice el demandante...' "apreció erradamente los hechos en que se funda la responsabilidad de Escolástico Herrera Ortiz", y,

2º. "El Tribunal no tuvo en cuenta los hechos que demuestran que no hubo infracción ni responsabilidad por parte de Escolástico Herrera Ortiz...", o sean las siguientes pruebas: "la letra de cambio con su endoso; la escritura de compraventa; el embargo preventivo; la denuncia penal; la terminación del juicio ejecutivo, y las exposiciones de los interesados".

b) Causal tercera

"...El Tribunal no le hace cargo a Escolástico Herrera sino por la falsedad de uso de la letra, falsedad consistente en el endoso a favor de Rafael González. Se le imputa, pues, la comisión de un solo delito: el de falsedad por uso. Pero el Tribunal, al revisar la sentencia de primera instancia, consideró que había, no uno, sino dos delitos; falsedad por uso y, además, falsedad de la firma de la señora Emperatriz de Herrera... Como ya se dejó transcrito, el auto de proceder contempla un solo hecho y no se puede, en la sentencia, sin deslealtad para con el procesado, cargarle un nuevo delito no contemplado en el auto de proceder..."

c) Causal primera

1º "En caso de que prospere la causal segunda, el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 231 del Código Penal en dos de sus ordinales y el Decreto 2184 de 1951, y 233 del mismo Código Penal, al aplicarles la sanción por dos delitos que Escolástico Herrera Ortiz no cometió. Al contrario, está

plenamente demostrada su inocencia, y ni hay delito, ni hay, por tanto, responsabilidad".

2º "En subsidio y para el caso de que la causal que prospere sea la tercera, pido también que se invalide la sentencia y se dicte la que corresponde, que es la correspondiente a la falsedad de uso, de acuerdo con lo dicho por el Juzgado: 'el acto de Escolástico Herrera se halla tipificado en el artículo 234 del mismo C. P., pues teniendo conocimiento de que la letra y los endosos eran falsos, hizo uso de ella, con el fin de perjudicar a Vergara Ruiz y beneficiarse él, hecho que está sancionado con la misma pena del artículo 233 del C. P., disminuida hasta en una tercera parte', "y eso...", anota el demandante..., "aumentando el mínimo al doble, según el Decreto 2184 de 1951".

Segunda demanda

Propone el doctor Julio Romero Soto los siguientes motivos de casación:

a) Causal segunda

Dice que el **ad-quem**, al estimar como plena prueba de la responsabilidad penal de Gerardo Alejo Huertas el dictamen grafológico, violó los artículos 203, 204 y 268 del C. de P. P., pues le dio a "dicho dictamen un valor que no tiene", tanto más cuanto que "cabe decir que este es absolutamente nulo, desde el punto de vista procesal, porque en la posesión de dicho perito se quebrantaron los artículos 148 y 261 del C. de P. P.". Afirma que, con este particular, se dejó "de cumplir con la amonestación o apercibimiento que exige el artículo 261 para fortificar el espíritu del perito, en orden a que sea fiel y veraz en su dictamen".

Agrega que "si se revisa el expediente, se encuentra el que el Juez 4º de Instrucción Criminal, en auto de fecha octubre veintiseis de mil novecientos cincuenta y seis (Fl. 64 del Cd. 1º), no nombró al doctor Alberto Posada Angel perito en ningún momento, sino que mediante dicho auto de simple sustentación decidió enviar el proceso al señor Jefe del Gabinete de Identificación del Servicio de Inteligencia Colombiano (S.I.C.), 'a fin de que por los técnicos grafólogos con que cuenta dicho Gabinete, se proceda al examen de dicha letra de cambio...'. "Como anteriormente hubo de expresarlo, el peritazgo rendido y que obra a los Fs. 89 y 90 del proceso, es nulo, y si por el H. Tribunal, en la sentencia recurrida, como en efecto así se hizo, se tuvo en cuenta como válido y con base en él se declaró responsable a mi poderdante..., en toda su plenitud se violaron los artículos 203, 204, 205, 257, 261, 266, 267 y 268... y se incurrió en la ameritada sentencia y a este respecto en la causal segunda de casación...", pues "se le atribuyó un valor probatorio a dicho dictamen que no tiene...".

De otra parte, expresa el demandante que el fallo acusado viola los artículos 203, 204, 205 y 224 del C. de P. P., por no haber tomado en cuenta "las manifestaciones de Escolástico Herrera en la diligencia de audiencia..., manifestaciones en las cuales exime de toda responsabilidad a mi patrocinado Gerardo Alejo Huertas y deja sin asidero probatorio alguno la afirmación de un entendimiento o connivencia delictuosa entre Herrera y mi patrocinado".

b) Causal primera

Invoca el actor esta causal como consecuencia de la segunda.

Concepto del Ministerio Público y Réplica del Apoderado de Gerardo Alejo Huertas

Estima el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que en ningún yerro manifiesto incurrió el Tribunal Superior de Bogotá, al hacer la apreciación de los elementos de juicio en que fundamenta el fallo condenatorio proferido en contra de los recurrentes y que, por tanto, los cargos hechos por los demandantes a través de la causal segunda de casación no fueron demostrados.

Expresa también el señor Agente del Ministerio Público que "el dictamen pericial..." a que alude el doctor Romero Soto..., "conserva su pleno valor, pues "si alguna de las causales de nulidad que menciona el artículo 198 son allanables o desaparecen por una especie de convalidación

tácita, por haber proseguido el juicio sin que el presunto perjudicado lo haya manifestado, con cuánta mayor razón puede afirmarse, en el presente caso, que al no haber sido alegadas en su momento —y la casación no es oportunidad para ello—, esas informalidades han quedado subsanadas tácitamente".

Y con respecto a la causal tercera de casación invocada por el doctor Gómez Prada, observa el Ministerio Público que "no ve cómo pueda prosperar, ya que lo único que hizo el H. Tribunal, en relación con el señor Herrera, fue graduar la sanción, de acuerdo con lo que se encontraba acreditado en los autos, en relación solamente con el delito de falsedad documental".

Concluye el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicitando que no se case el fallo impugnado.

En su réplica al señor Agente del Ministerio Público, insiste el doctor Julio Romero Soto en que la pericia grafológica no tiene valor probatorio alguno, pues las informalidades de su práctica hacen que se tome como inexistente, de acuerdo con el artículo 202 del C. de P. P.

Afirma, además, que el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se refiere a las "nulidades del proceso..." y, en esta forma, las confunde "con la nulidad de un acto del proceso", cuestión claramente distinta. Anota que la intervención del perito grafólogo, doctor Posada Angel, no tiene validez, pues su designación no fue hecha ni por el juez ni por el funcionario de instrucción competente y, en esa forma, se infringe el artículo 261 del C. de P. P.

Observa, por último, lo que sigue:

"Dentro de la misma diligencia de careo... se lee lo siguiente: "Sírvase, señor Rivas Rivera, decir por qué motivo le manifestó a este Juzgado en declaración bajo juramento lo siguiente: Esa letra me la giró Gerardo Alejo y la mujer por esa suma de tres mil pesos. Eso sucedió hace como dos años. Esa letra fue girada a mi favor, esta letra no me la han pagado. Yo no la he endosado a nadie esa letra. Contestó: Yo no estoy cobrando esa letra. La firma es mía, es mía". (subrayo)".

Y comenta el demandante: "Se puede, pues, en sana lógica y hechas las transcripciones completas de las manifestaciones de Rivas Rivero, sostener como lo hace la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal, que Rivas acusa de falsario al señor Gerardo Alejo Huertas y que su testimonio único puede llegar a tener, aun llegare este testigo a afirmar la responsabilidad del señor Gerardo Alejo Huertas, el carácter de plena prueba. Nuevamente lo digo, una respuesta negativa se impone. En primer lugar, porque de las mismas palabras de Rivas se concluye necesariamente que él puso la firma que como falsificada se atribuyó al señor Gerardo Alejo Huertas y en segundo lugar, aún afirmada por Rivas la responsabilidad penal de Gerardo Alejo Huertas, su testimonio único al respecto, si como testigo puede considerarse al presunto lesionado, no puede tener el carácter de plena prueba, ya que la H. Corte y la Procuraduría han sostenido al respecto la doctrina que a continuación se transcribe: 'Testimonio Unico. 37. Aún aceptando como integralmente creíbles las versiones dadas por Medina, ese testimonio único no demostraría la responsabilidad de los acusados Roa y Giraldo, al tenor de los artículos 203, 204, 205, 206 y 224 del C. de P. P., porque a las únicas pruebas que la ley les ha dado el carácter de completas o plenas, son: la inspección ocular (artículo 215 del C. de P. P.); el indicio necesario y la presunción legal no desvirtuda (artículo 217), los documentos públicos o auténticos (artículo 251) y la confesión del procesado (artículo 255). De ahí que la Corte haya dicho con toda razón que según está establecido en el sistema probatorio de la ley procesal colombiana, el informe pericial y el testimonio único son las pruebas incompletas. Por otra parte, un hecho no puede tenerse como probado si no se basa en una plena prueba'. (Cas. de Misael León, de 2 de marzo de 1948. G. J. Nº 2060-2061, p. 179) y (Casación de Manuel Salvador Giraldo y otro). Informe del Procurador General de la Nación, 1952, p. 194".

Consideraciones de la Corte

En las dos demandas se propone la causal 2ª de casación y la 1ª, como consecuencia de aquélla. El señor apoderado de

Escolástico Herrera Ortiz invoca, también, la causal tercera. La Sala las examina en el orden señalado en las demandas, así:

Causal segunda

Primera demanda

A) Estima el señor apoderado de Escolástico Herrera Ortiz que el ad-quem incurrió en errada interpretación de los hechos, así:

1º. "El Tribunal comenta que Escolástico Herrera 'nunca ha negado a través de ninguna de sus versiones ser el autor del endoso realizado a favor de Rafael González Gutiérrez, su padrino y concuñado. Tampoco existe duda alguna de que fue él, Escolástico Herrera, quien estampó la firma de Emperatriz González de Herrera, su esposa'. "Hasta aquí todo va bien...", anota el demandante..." "porque lo que comenta el Tribunal es la realidad misma. Pero se equivoca cuando afirma que Herrera Ortiz 'realizó una falsedad ideológica al hacerse aparecer como beneficiario, en razón de su endoso de una obligación que obviamente él sabía bien que no existía', 'utilizando una letra frente a la cual no tenía ningún derecho'. "Realizó, pues, una falsedad material haciendo la firma de su esposa y la ideológica del endoso.

"En cuanto a la firma de la esposa...", continúa diciendo el actor..." "basta afirmar que Herrera Ortiz contaba con la autorización tácita de su mujer para firmar por ella..., pues contaba con el beneplácito de su esposa para estampar su firma en el endoso. Y en ello no hay delito porque no hay dolo, y sin dolo no hay delito. Sin poder para representar a otro se pueden hacer gestiones por otro, en su favor o en su contra, según las normas del Código Civil, que no se pueden pretermitir. Lo único que cabe discutir es el efecto civil de las obligaciones. De suerte que al negar la señora de Herrera que la firma sea la suya propia, no ha dicho nada en contra de su marido en relación con un delito de falsedad".

Se replica:

Lo que corresponde deducir del anterior argumento del demandante es que la señora esposa de Herrera Ortiz, aún en el supuesto de que don Escolástico hubiera dibujado la firma de aquélla, considerándose tácitamente autorizado para ello, no incurrió en responsabilidad penal alguna, puesto que dicha señora no coparticipó en el delito ni física ni síquicamente.

Pero el recurrente Herrera Ortiz obró con dolo, pues conocía que la letra de cambio que endosó a favor de Rafael González no estaba legítimamente en su patrimonio, pues para introducirla en su haber se había acudido a un endoso falso, realizado por el señor Gerardo Alejo Huertas.

Con toda razón expresa el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"Aceptado como está que Escolástico Herrera dibujó, estampó o hizo la firma de Emperatriz G. de Herrera, a sabiendas de que el documento no obligaba en derecho a nadie, puesto que la causa de su tenencia a través de los autos no es clara, al adoptar esa conducta —imitar, o fingir la caligrafía de su cónyuge—, indudablemente estaba suplantando, no sólo la persona física de su consorte —falsedad material—, sino haciendo aparecer como existente una obligación jurídicamente exigible".

Este cargo carece, pues, de demostración, en cuanto a la supuesta ausencia de responsabilidad penal del señor Herrera Ortiz.

2º. Dice el actor que "no deben olvidarse estas anotaciones hechas por el Juzgado en su sobreseimiento temporal a favor de Escolástico Herrera Ortiz:

'La primera es que no se practicó un examen grafológico y de la sola afirmación de la señora de Herrera no se puede concluir que su marido hubiera estampado la firma de ella en el endoso suplantándola.

'La propia señora de Herrera admite en su primera exposición la posibilidad de haber estampado su firma en el endoso, puesto que ella firmaba frecuentemente letras, cuando su marido se lo insinuaba.

'A simple vista se nota la diferencia de letras, o sea, en lo escrito por Escolástico Herrera y la firma que dice Emperatriz de Herrera'.

Acoge el demandante, pues, estas consideraciones que tuvo en cuenta el a-quo, para concluir en que no aparece probado suficientemente que Herrera Ortiz fuera el autor del falso endoso de la letra de cambio

de que se ha hecho referencia, en cuanto a la señora Emperatriz de Herrera.

Sin embargo, es suficiente para rechazar este cargo lo que el mismo actor acepta como ser "la realidad misma: ... "Tampoco existe duda alguna de que fue él, Escolástico Herrera, quien estampó la firma de Emperatriz González de Herrera, su esposa".

Y más adelante, también acepta el demandante lo que la realidad procesal demuestra: que el señor Herrera Ortiz firmó "el endoso en nombre propio y de su mujer, ante la afirmación del abogado de que con el endoso defendería sus intereses", esto es, "por error", según anota el actor (p. 11 de la demanda de casación).

Este otro cargo no cuenta, por tanto, con demostración alguna.

3º. Asevera el señor apoderado de Escolástico Herrera Ortiz que entre éste y el señor Gerardo Alejo Huertas no existió acuerdo —pues no hay prueba alguna sobre este particular—, para "embargar precisamente el inmueble que Herrera y su mujer habían vendido casi un mes antes, al denunciante Hipólito Vergara Ruiz. Bien sabido es que el elemento subjetivo es el que define la complicidad, pues no se puede hablar de cómplices sin que estos sepan en qué estado colaboran, pues 'el concurso material al delito ajeno, por eficiente que sea, no vuelve nunca partícipe del delito, si no hubo intención determinada de cometerlo', como expresa el maestro Carrara (Programa, número 438). Admitiéndose la primera versión de Herrera, el dolo no surge por parte alguna. Pero si se admite la segunda, tampoco se puede deducir: debía creerle Herrera a su abogado, que le enseña una letra para que haga un endoso con el fin de proteger sus intereses? Si se admite su confesión en unas partes, ¿debe admitírsele en otras: no dice Herrera que los Hoyos quedaron de cancelar la hipoteca por $ 15.000.00, 'cosa que no hicieron?'; ¿no afirma que lo engañaron en el pago de los diez mil pesos, que dice la escritura que le pagaron y de los cuales no le dieron sino tres mil?; no aseguran que le debían el valor de una letra de dos mil pesos cuando su indagatoria? Cuando su abogado, recomendado por su padrino, le dice 'fírmeme esta letra que con esto podemos trancar el registro de la escritura', no estaba colaborando en un delito, no estaba aceptando como beneficiario de una obligación que 'obviamente él sabía que no existía', ni aceptó una letra 'frente a la cual no tenía ningún derecho'. Si sólo había recibido ocho mil pesos por una obligación de veinticinco mil, obvio es que la deuda sí existía. Un instrumento negociable se puede endosar. Los instrumentos negociables se pueden endosar y existiera o no existiera el endoso previo a su favor, en él debía estamparse para garantizarle el pago de la obligación que sí existía. Para eso buscó al perito abogado, que por algo la Constitución prohibe ejercer la abogacía a los particulares. Confió en el profesional (admitiendo la segunda versión) y firmó donde le decía, confiado en que todo marchaba por los carriles legales.

"El testigo Rafael Hoyos Z., reafirma lo manifestado por Herrera, cuando dice que 'si mal no recuerdo, el negocio fue por veinticinco mil pesos en los cuales el comprador le entregó tres mil pesos y dos letras por el saldo, con un documento firmado por mí que garantizaba las letras mencionadas'. El señor Herrera...", continúa expresando el demandante..., "buscó únicamente que se le pagara lo que se le debía. No causó perjuicios y sin perjuicios la falsedad no existe".

Y, por último, con respecto a este tercer cargo, dice lo que pasa a transcribirse:

"...El error del Tribunal es tomar como confesión los dichos de Herrera Ortiz en la audiencia pública. No sólo porque no está probado el cuerpo del delito, sino porque ellos no encierran una confesión. Es preciso que el confesante sepa qué es lo que está confesando, que se dé cuenta que se reconoce autor de una infracción, que no haya error en sus declaraciones, porque 'la confesión en materia penal es el reconocimiento que se hace del hecho de que se le sindica', como dice la Corte. Por ello es necesario que sea verídica, subjetiva y objetivamente (Cas. de 6 de julio de 1949, G. J. t. LXVI, p. 412). Subjetivamente no es admisible la confesión cuando hay error en lo que se dice confesar. Y a lo sumo podría admitirse el error al firmar el endoso en nombre propio y de su mujer ante la afirmación del abogado de que con el endoso defendería sus intereses.

Pero, además, es necesario que la confesión, para que sea admisible como tal, guarde relación con 'las otras pruebas de un proceso', según palabras de la Corte, y aquí las demás pruebas desmienten la posibilidad de tener como confesión los dichos de Herrera Ortiz..."

A lo anterior se responde:

En primer lugar, no se trata de una coparticipación criminal de los procesados Gerardo Alejo Huertas y Escolástico Herrera Ortiz en un supuesto delito de estafa, mediante el "embargo del inmueble que Herrera y su mujer habían vendido casi un mes antes al denunciante Hipólito Vergara Ruiz", sino de la falsedad cometida en un instrumento negociable, por la cual fueron condenados los recurrentes. Y para la consumación de este último delito no era indispensable ese acuerdo entre Huertas y Herrera Ortiz sobre el destino que se iba a dar a la aludida letra de cambio.

Uno y otro procesados fueron llamados a juicio como autores de falsedad en documentos y por esa infracción penal se les condenó. Y cuando el delito de falsedad tiene por objeto un instrumento negociable, ni siquiera es necesario —como sí lo es para los documentos privados a que alude el artículo 240 del Código Penal—, el perjuicio a tercero o la intención de causarlo. En consecuencia, ningún acuerdo previo sobre el uso que iba a darse a la letra de cambio, ni el conocimiento de si ese uso iba o no a perjudicar a terceros, eran necesarios para que se configurara el delito de falsedad en instrumentos negociables y se dedujera la responsabilidad penal de Huertas y Herrera Ortiz. Era suficiente que se cometiera en esa letra de cambio "alguna de las falsedades enumeradas en..." el artículo 231 del Código Penal, como indica el artículo 233 de la misma obra.

En el supuesto de que el llamamiento a juicio del procesado Escolástico Herrera Ortiz, como alega el demandante al invocar la causal tercera de casación, señaló el cargo concretándolo en el precepto contenido en el artículo 234 del Código Penal, esto es, por uso, a sabiendas, de un instrumento negociable falso, con perjuicio de tercero, y que, en consecuencia, en el fallo acusado ha debido indicarse la pena tomando en consideración esta última norma y no el artículo 233 del mismo Código, no cabe afirmar la inocencia del procesado, como es obvio, sólo porque buscara, como expresa el actor, "únicamente que se le pagara lo que se le debía..., por lo cual no causó perjuicio...", pues, aún admitiendo esa intención del procesado Herrera Ortiz, al usar una letra de cambio falsa para impedir el registro de la escritura por la cual vendió su casa de habitación al señor Hipólito Vergara, es claro que ocasionó un perjuicio al comprador del inmueble.

De otra parte, ni siquiera admitiendo que del proceso aparezca la demostración de la conducta que atribuye al doctor Gustavo Delgado el señor Escolástico Herrera Ortiz, de acuerdo con la declaración de éste hecha en la audiencia pública cumplida en la primera instancia, corresponde aceptar la ausencia de responsabilidad de este procesado, pues el artículo 23 del C. Penal alude al comportamiento cumplido "con plena buena fe determinada... por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia", y no existe plena buena fe en esta conducta del procesado, porque de ser cierta esa versión que dio en la audiencia pública, es obvio aseverar que conoció que endosaba una letra de cambio que no estaba en su patrimonio y que igual endoso hacía con respecto a su cónyuge, cuyo nombre puso con tal fin.

Si el señor Herrera Ortiz creyó a su abogado que al firmar esa letra defendería sus intereses, no por ello deja de existir la confesión del delito de falsedad en documentos, porque, aún en el supuesto de que se tratara del uso a sabiendas de un instrumento negociable falso (como alega el demandante al sostener que por ese caso concreto se llamó a juicio a su representado y que, por tanto, por esa hipótesis delictiva ha debido condenársele), ese ejercicio arbitrario de su pretendida defensa de intereses, en la forma en que se llevó a cabo, configura, por lo menos —se repite—, el delito que sanciona el artículo 234 del Código Penal.

Este nuevo cargo, en consecuencia, no resulta comprobado.

B) Considera el demandante, asimismo, que el Tribunal Superior de Bogotá, en el

fallo acusado, incurrió en error manifiesto al no tomar "en cuenta los hechos que demuestran que no hubo infracción ni responsabilidad por parte de..." su mandante. Dice que tales pruebas son:

1º. "La letra de cambio. Tiene fecha de 22 de marzo de 1954, por $ 3.060.00, contra Gerardo Alejo H. y Priscila Castillo C., a veinte días, pagadera en Bogotá, a la orden de Guillermo Rivas R. y fue girada por Guillermo Rivas.

"Al reverso tiene la aceptación de Gerardo Alejo H. y Priscila Castillo C. y aparece endosada a favor de Emperatriz González de Herrera y Escolástico Herrera O., por Guillermo Rivas y a continuación contiene la siguiente nota: 'Endosamos el presente instrumento al señor Rafael González por valor recibido. Febrero 10/55. Escolástico Herrera O., Emperatriz G. de Herrera' (F. 1 del C. Nº 2).

"Este es el endoso que sirvió de base al proceso contra Escolástico Herrera Ortiz.

"Pues bien, el instrumento mismo está indicando la inocencia de Escolástico Herrera Ortiz, lo cual aparece de bulto si se tiene en cuenta su fecha de 22 de marzo de 1954 y la del endoso, de 10 de febrero de 1955, anterior en casi dos meses al embargo preventivo, decretado el 24 de abril de 1955.

"En efecto, como lo dice el Juzgado en su sobreseimiento temporal, Hipólito Vergara Ruiz, el comprador de la casa, 'en su intervención dentro de las diligencias ejecutivas ante el Juzgado 2º Civil de Bogotá (F. 7 del C. 2º), afirmó que la escritura la presentó en la Oficina de Registro el 12 de abril de ese mismo año (1955) y le fue devuelta con la anotación de que no podía registrarse por mediar el aludido embargo, proveniente de la letra endosada a Rafael González por Escolástico Herrera. Sin embargo, ocurre que el embargo solamente se comunicó el 23 de abril, o sea, once días más tarde'. En estas condiciones...", anota el demandante..., "conclúyese como lo hace el Juzgado...", que no existe prueba plena de que Escolástico Herrera..., "se hubiera propuesto deliberadamente apelar a los trucos mencionados para conseguir el fin perseguido, cual era el de impedir el traspaso legal del inmueble al comprador de buena fe".

Replica la Sala.

Aún aceptando que la fecha de 10 de febrero de 1955, puesta en el endoso de que habla el demandante, correspondiera a la verdad, y que, en esta forma, dicho endoso resulte con una antelación de más de dos meses con respecto a la diligencia de embargo preventivo practicado el 24 de abril de 1955, no por ello se desprende la inocencia del señor Herrera Ortiz, pues bien pudo prepararse, desde ese día del tal endoso, la maniobra conducente a impedir el registro de la escritura de venta de la casa de habitación de los esposos Herrera Ortiz.

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal observa, a este respecto, lo que sigue:

"La obligación contenida en la letra de cambio que fue llenada según propia confesión por Gerardo Alejo y que obligaba a Priscila Castillo y a Alejo para con Guillermo Rivas, el zapatero, y en la cual no aparecían los Herreras por parte alguna, hasta el 22 de marzo de 1954, era una obligación, obvio es decirlo, entre esas personas solamente.

"Si la obligación subsistía a favor de Alejo y la Castillo, no se entiende, dentro de un desarrollo normal de los negocios, la necesidad que tuviese Gerardo Alejo de falsificar la firma de Guillermo Ribas (sic), al hacer el endoso del instrumento a la señora Emperatriz González de Herrera y a su esposo Escolástico.

"Si el dictamen pericial ha dicho que la firma Guillermo Ribas (sic) fue puesta, estampada, escrita o dibujada entre Escolástico Herrera y Gerardo Alejo para que la obligación quedara en cabeza de los esposos Herrera, en fecha que oscila entre el 22 de marzo de 1954 y el 10 de febrero de 1955, fecha del endoso.

"La presunción de autenticidad que otorga la ley civil y comercial a los instrumentos negociables nos dice que el día que firmara el señor Escolástico Herrera y Emperatriz G. de Herrera debió ser el 10 de febrero. Pero no se pierda de vista que el poder otorgado por el señor Rafael González al doctor Gustavo Delgado tiene fecha 23 de abril de 1955, vale decir, varios días después de haberse otorgado la Escritura Nº 770 de fecha 28 de marzo. La nota del señor Registrador de Instrumentos Públicos, de sep-

tiembre 6 de 1955, afirma que la casa de que trata la Escritura Nº 770 no fue registrada por pesar sobre ella un embargo ordenado por el Juzgado 2º Civil del Circuito".

Lo que anota el señor Agente del Ministerio Público corresponde a la realidad procesal y lleva, por este nuevo aspecto, a la misma conclusión: la de que el examen de los datos contenidos en la citada letra de cambio no conducen a probar la supuesta inocencia del señor Herrera Ortiz. En consecuencia, no le asiste razón al demandante, en cuanto a este primer elemento de juicio relacionado en la demanda.

2º La escritura de compraventa

Dice el actor que "los esposos Escolástico Herrera Ortiz y Emperatriz González de Herrera le venden a Hipólito Vergara Ruiz la casa Nº 4-90, de la calle 16 Sur de esta ciudad; que el precio es de $ 25.000.00, de los cuales $ 10.000.00, 'que los vendedores declaran recibidos al comprador a su satisfacción' y $ 15.000.00, que los vendedores dejan en poder del comprador 'para cancelar una hipoteca que grava el inmueble', ... 'la cual se subroga al comprador de modo expreso...' (Fls. 6 y ss., del C. 1º). Pues bien, es falso que le hubiera dado el comprador a los vendedores los $ 10.000.00 de contado, pues lo niega expresamente Escolástico Herrera y así se desprende de otras pruebas, como ya se dijo: le entregaron solamente $ 3.000.00 y unas letras y no cancelaron la hipoteca. Había, pues, causa de la obligación. Le estaban debiendo y él aceptó la letra para defender sus intereses, letra que la presentó al abogado, sin pensar por un momento en falsificar la verdad y sin causar perjuicio a nadie. Téngase en cuenta una vez más la fecha de la escritura, 28 de marzo de 1955, la del endoso, 10 de febrero de 1955, la del embargo, 24 de abril del mismo año y se verá que no hay dolo en el hecho del endoso".

A este respecto, anota el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal lo que sigue:

"Causa extrañeza al distinguido recurrente que el señor González no hubiese incoado su acción sino hasta el 23 de abril de 1955, 26 días después de otorgada la Escritura y dos meses largos después de haber sido endosado el instrumento falso por su indebido tenedor, Escolástico Herrera y su cónyuge. La forma de pago de los $ 25.000.00, según el instrumento público que obra en los autos, era la de recibir $ 10.000.00, los cuales según la escritura los obtuvo el señor Escolástico Herrera; los otros $ 15.000.00 correspondían al valor de la hipoteca, de la cual se subrogaba el adquirente. Se ha afirmado que los $ 10.000.00 no se le entregaron al señor Escolástico Herrera, sino, apenas, $ 3.000.00. Ello es, a lo sumo, una versión: obra en los autos una letra por $ 5.000.00 que fue cancelada por el señor Vergara al 'Molino Tequendama', ya que el señor Escolástico Herrera la había endosado y fue pagada el dos de julio. Respecto a los $ 2.000.00 restantes, es indudable que el señor Herrera recibió otro documento negociable, ya que en la diligencia de careo sostenido con Hipólito Vergara, afirma: 'Yo no cobré la letra de $ 2.000.00, que estaba vencida ya, ni el señor Vergara tampoco me la pagó...' De tal manera que los $ 10.000.00 sí fueron pagados por el señor Vergara a don Escolástico Herrera. Tenido indebidamente el documento por el señor Herrera fue cuando en febrero 10 de 1955 endosó a Rafael González la letra. La leyenda original decía 'Endoso la presente...', y posteriormente, al colocar el nombre de Emperatriz G. de Herrera, a la palabra se le agregó la sílaba 'mos', para que se leyera 'endosamos', y se hiciera creer que lo había sido por las dos personas a quienes el señor Guillermo Ribas (sic) la había endosado".

Comparte la Sala las anteriores observaciones del señor Agente del Ministerio Público, pues se ciñen a la realidad que surge de los elementos de juicio traídos al proceso.

Como ya se dijo atrás, si el señor Escolástico Herrera Ortiz quiso llevar a cabo el cobro de lo que consideró se le debía, el medio puesto en juego, la falsificación de un instrumento negociable, y, aún, el simple uso del mismo, a sabiendas de que era falso, le acarrean responsabilidad penal, pues si de la última hipótesis se tratara (Art. 234 del Código Penal), se tiene que el comprador del inmueble, señor Hipólito Vergara, sufrió un perjuicio, al impedírsele el registro de la escritura mediante la cual adquirió la casa de habitación del señor Herrera Ortiz.

Este segundo elemento de juicio no desvirtúa la conclusión de responsabilidad pe-

nal del recurrente Herrera Ortiz, a la cual llegó el ad-quem en el fallo impugnado.

3º El embargo preventivo

Expresa el señor apoderado de Herrera Ortiz que esa medida fue "decretada el 23 de abril de 1955". Agrega que "la solicitud se hizo..." ese mismo día y se decretó en tal fecha. Que "sólo el 14 de agosto manifiesta Hipólito Vergara Ruiz, dentro del juicio ejecutivo, que 'la letra que sirve de base a la ejecución en referencia es falsa', (F. 15 del C. 2º)", y que "resulta inexplicable que el embargo preventivo se solicite el 23 de abril, y el endoso se hubiera hecho con tanto tiempo anterior, el 10 de febrero de 1955".

Se responde:

Aún admitiendo como cierta la fecha del referido endoso, ninguna fuerza demostrativa de la inocencia del recurrente, señor Escolástico Herrera Ortiz, se deduce del lapso transcurrido desde el día del endoso hasta aquél en que fue pedido el embargo preventivo a que alude el demandante. Y mucho menos cabe aceptar que esta simple circunstancia demuestre que el ad-quem incurrió en manifiesto error al apreciar los elementos de juicio en que apoya la sentencia condenatoria acusada.

4º La denuncia penal

Dice el actor que resulta inexplicable que la denuncia fuera formulada por Vergara Ruiz sólo un año y seis meses después de hecho el endoso, esto es, el 17 de agosto de 1956, si se tiene en cuenta que el 14 de junio de 1955 tuvo conocimiento del embargo del inmueble de que se ha hecho referencia. Y la explicación que el denunciante da, anota el señor apoderado de Herrera Ortiz, "resulta inaceptable, pues la vigencia de la hipoteca no "constituía óbice alguno, como es bien sabido, para el registro de la venta fuera de que el comprador tenía a su alcance otros medios legales para hacer valer sus derechos y poner a salvo sus intereses, si en realidad aquellos acreedores, los dueños de la hipoteca se obstinaban en no recibirle los quince mil pesos que él se había comprometido a pagarles".

Se replica:

Esta conducta del denunciante en nada desvirtúa la ocurrencia del delito de falsedad en documentos, plenamente demostrado, ni exime de responsabilidad a su agente.

5º La terminación del juicio ejecutivo

Alega el señor apoderado de Herrera Ortiz que el juicio ejecutivo, en el cual fue embargado el inmueble adquirido por Vergara Ruiz, fue objeto de desistimiento por parte del actor, doctor Gustavo Delgado, y del ejecutado —quien lo aceptó— señor Escolástico Herrera, y que, "como un instrumento negociable no deja de ser privado por su especial categoría, síguese que falta un elemento esencial para la falsedad: 'la falsedad en documento privado, opuestamente a la del público, requiere el perjuicio ajeno y el propósito de lucro y también el uso'. (Cas. de 28 de octubre de 1949, G. J., T. LXVI, p. 718). Ello en el peor de los casos, admitiendo por hipótesis la segunda versión del acusado. El sólo quiso evitarse un daño, pero no causarlo a otros. El fue, al fin y al cabo, quien fue víctima de engaño y sufrió perjuicios con la venta de la casa y confiado en la buena fe de sus contratantes resultó estafado y, de contera, vino a dar con sus huesos a la cárcel".

El desistimiento hecho en el juicio ejecutivo a que alude el actor, no excluye el perjuicio a terceros, pues el señor Hipólito Vergara lo sufrió al impedírsele, mediante el embargo preventivo del inmueble que comprara, el registro de la escritura correspondiente.

Ciertamente, como expresa el demandante, son documentos privados los instrumentos negociables. Pero al ocuparse de ellos el artículo 233 del C. P., excluyó la represión de la falsedad que en ellos se cometa de los requisitos indicados en el artículo 240 de la misma obra, para establecer, así, una mejor tutela de aquellos documentos.

La conveniencia de rodear de mayores garantías las obligaciones que se contraigan mediante los instrumentos negociables y la necesidad de proteger de manera más eficaz la autenticidad de las firmas de las personas que en ellos intervienen, la cual se presume, de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 46 de 1923, hizo necesario, para los efectos de re-

primir la falsedad que en esos documentos se cometa, que quedaran en el mismo plano de igualdad con los documentos públicos, sin que se exija para que ese delito se configure el perjuicio a tercero o la intención de causarlo, condiciones asimismo requeridas en los casos de falsedad en los demás documentos privados. La ley penal, pues, ha asimilado los instrumentos negociables a documentos públicos, para el exclusivo fin de reprimir su falsificación.

6º Las exposiciones de los interesados

Asevera el actor que "Guillermo Rivas Rivera, Gerardo Alejo Huertas, Rafael González Gutiérrez, abogado Gustavo Delgado Rojas y Escolástico Herrera, constituyen toda una serie de indicios favorables al sindicado Herrera Ortiz. En efecto:

"**Guillermo Rivas Rivera**, beneficiario o girador de la letra de marras, afirma primero que no conoce a ninguna de las personas de que trata el proceso; que la letra se la giró Alejo Huertas por un calzado que le vendió; y que tal letra, que no había cobrado ni endosado, de seguro se le perdió (Fl. 9 del C. 1º). Pero en careo con Huertas, ya sostiene que había tenido negocios con Alejo, que la letra no se le había perdido ni se la debían, que 'seguramente' la había firmado como fiador, porque el señor Alejo así se lo había pedido (Fl. 15 ibídem).

"Luego la letra sí existía".

"**Gerardo Alejo Huertas**, dice que la letra se debía a un exilado del Tolima que se la había firmado en garantía de una obligación; que Rivas se fue para su tierra y ni le pagó ni le entregó la letra; que Guillermo Rivas. el exilado, 'endosó esa letra a un señor Herrera y a una señora de quien no recuerdo el nombre, me parece que es Emperatriz'; que este señor Herrera 'me fue a cobrar la letra a mi casa diciendo que se la había endosado Guillermo Rivas'; que le estuvo preguntando por la dirección de Rivas y que lo amenazó con que le iba a pasar la letra a un abogado (Fl. 13 ib.).

"El endoso a favor de Escolástico y su mujer también existió, según esta declaración, que constituye un indicio".

"**Rafael González Gutiérrez**, confirma el dicho primero de Escolástico Herrera, al admitir y declarar que éste, sin recordar la fecha exacta, le dio una letra como parte del pago de una deuda por algunos planos que él le había hecho para la construcción de un hotel en Villavicencio, letra que ascendía a más de tres mil pesos, para cuya efectividad la dio al abogado doctor Gustavo Delgado, aunque a la fecha de su declaración se la habían pagado (Fl. 35 ib.).

"**El abogado doctor Gustavo Delgado Rojas**, afirma que Rafael González le llevó la letra de marras, cedida por su beneficiario y le manifestó que podría ejecutarse a cualquiera de los obligados; que su cliente le manifestó que conocía a Escolástico Herrera, de quien tenía idea que poseía una casa en el sur de Bogotá; que promovió la acción correspondiente, pero que luego abandonó la acción, en vista de que se seguía una hipotecaria contra el mismo Escolástico Herrera; que llegó a la conclusión de que existían dos personas del mismo nombre, Guillermo Rivas, y que fue el beneficiario el que hizo el endoso.

"Luego sí existía la letra. Luego sí existía el endoso primitivo.

"**Escolástico Herrera**, por último, hace las exposiciones que ya quedaron vistas anteriormente. Y ya se acepte una versión, ya la otra, confirman su irresponsabilidad.

"Porque los dichos de todos los interesados constituyen indicios graves, precisos, conexos entre sí, que acreditan la inocencia de Escolástico Herrera Ortiz, de conformidad con los artículos 216 y 223 del C. de P. P. y 665 del Código Judicial. El Tribunal no tuvo en cuenta estos hechos, a pesar de estar acreditados en el proceso".

Se contesta:

Los testimonios mencionados resultan en contradicción con lo que el mismo Herrera Ortiz acepta, según lo que dijo en la audiencia pública. Recuérdese, a este respecto, lo mismo que transcribe el actor: "cuando vendí yo la casa y al ver que los compradores no pagaban la hipoteca subrogada, un familiar del comprador que era el mismo de la hipoteca que yo le debía, Alberto Hoyos, me dijo que con seguridad me habían robado, porque esos eran unos pícaros, entonces yo me fui para donde el doctor Delgado, le conté el asunto del negocio y le dije que yo le

debía una plata al señor González, que es mi padrino, entonces el doctor Delgado sacó de su billetera una letra y me dijo, fírmeme esta letra, que con eso podemos trancar el registro de la escritura, para que así los compradores le paguen la hipoteca al señor Hoyos"; que "yo nunca he ido a cobrarle al señor Alejo, ni solo ni acompañado; que "lo volví a ver en la oficina del doctor Delgado; ni sabía el negocio de la letra; yo no tenía noticia de que la letra que yo había firmado figurara el nombre del señor Alejo"; que al doctor Delgado Rojas "yo no lo había conocido antes, hasta ese día, porque me lo recomendaba el padrino Rafael González"; que "me dijo que si a mí me llegaban a preguntar de esa letra, que dijera que yo no sabía nada, que dijera que esa letra era de un exilado, que yo se la había recibido en pago de unas maderas, cosa que era mentira, pero como él era mi abogado, yo atendía las órdenes que él me daba", que "la letra la firmé porque él me dijo que con eso se podía defender el negocio" (Fl. 284 y ss.). Y en cuanto a la firma de su esposa, señora Emperatriz González de Herrera, expresa que "creo que esa firma de mi señora me la hizo hacer el doctor Delgado" (Fl. 287).

El ad-quem no fundamenta la existencia del delito de falsedad en documentos, ni la responsabilidad penal del señor Herrera Ortiz, en que la letra no existiera, pues fue precisamente en ese instrumento donde se llevó a cabo la alteración de la verdad que se imputa a este recurrente. Tampoco en el endoso realizado en favor de los esposos Herrera Ortiz y González de Herrera por "Guillermo Rivas", pues precisamente ese endoso se atribuye al procesado Gerardo Alejo Huertas, así como la confección de la letra de cambio. Este endoso, atribuído falsamente a Guillermo Rivas, fue el que precisamente se utilizó por el recurrente Escolástico Herrera para hacer uno nuevo, escribiendo el nombre de su señora esposa y el suyo, a favor del señor Rafael González, "por valor recibido".

El señor Agente del Ministerio Público, refiriéndose a este último punto, dice:

"No hay desacuerdo con el doctor Gómez Prada respecto al testimonio de Guillermo Rivas, de que la letra sí existía. Pero existía sin que la firma de Guillermo Rivas hubiese sido falsificada en el endoso hecho a Escolástico Herrera. No aparece por parte alguna el 'campesinito', el 'exilado' del Tolima, que afirma como existente el señor Gerardo Alejo Huertas. La peritación grafológica da cuenta que 'Guillermo Ribas' (sic) fue escrito precisamente por este encartado. De tal suerte que el endoso a favor de Escolástico y su mujer fue hecho por Gerardo Alejo Huertas, en connivencia con Hipólito Herrera. El pariente cercano de Escolástico Herrera, señor Rafael González, afirma que el señor Herrera le dio un instrumento negociable como parte del pago de una deuda, a Fl. 35. Pero al ponerle de presente a Emperatriz González de Herrera la letra (Fl. 106), afirma: 'No conozco la letra de cambio... no es mi firma... la firma que dice Emperatriz G. de Herrera no es mi firma'. Todo los hechos tenidos en cuenta por el H. Tribunal, de acuerdo con lo que se ha transcrito, tienden a demostrar la responsabilidad penal del enjuiciado..."

Aclara la Sala que en lo transcrito, donde se dice "Hipólito Herrera", debe entenderse que se alude a Escolástico Herrera.

Pues bien:

En ningún error incurrió el Tribunal Superior de Bogotá, en el fallo recurrido, al no encontrar en los elementos de juicio que relaciona el demandante demostración de la inocencia del señor Herrera Ortiz. Mucho menos que se desprenda ese manifiesto o protuberante error, único que permite que tenga éxito la causal segunda de casación.

Ha dicho en numerosas ocasiones la Corte que su facultad en la estimación de las pruebas, dentro del recurso de casación, "se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad" (G. J., T. LXXXI, Nos. 2160-2161, Págs. 845 a 846, entre otros).

No prospera, por tanto, la causal segunda de casación invocada en esta primera demanda.

Segunda demanda

Formula el doctor Julio Romero Soto, apoderado del señor Gerardo Alejo Huertas, los siguientes cargos a través de la causal segunda de casación, al mismo tiempo que invoca la primera como consecuencia de aquélla.

1º La peritación grafológica

Ya se dejó reseñado cómo el demandante estima que el peritaje grafológico, por no reunir las exigencias prescritas en los artículos 257 y 261 del C. de P. P., debía tenerse como no verificado, de acuerdo con el precepto contenido en el artículo 202 de la misma obra, y que, al tomarlo en consideración el ad-quem para fundamentar la sentencia condenatoria acusada, incurrió en protuberante error.

Afirma el actor, como se dijo atrás, que el perito grafólogo, doctor Posada Angel, no fue designado directa y personalmente por el funcionario de instrucción, ni se cumplieron los requisitos previstos en el artículo 261 del C. de P. P., pues no fue amonestado "sobre la trascendencia moral del juramento, sobre la responsabilidad que el acto le impone ante Dios y ante la sociedad, y sobre las sanciones establecidas contra el perjuro y el prevaricador por las leyes de la República", ni el Juez le recibió juramento en los términos establecidos en el artículo 147 de la misma obra.

Agrega que en el citado artículo 261 se indica que "la omisión de cualquiera de las formalidades prescritas en este artículo, vicia de nulidad el peritazgo".

Pues bien:

Comparte la Sala la opinión del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal a este respecto, a saber:

"Si de acuerdo con el literal a) del artículo 1º del Decreto 1717 de 1960, el objetivo del Departamento Administrativo de Seguridad es el de 'ejercer las funciones de Policía Judicial, como auxiliar de la rama jurisdiccional, del Ministerio de Justicia y del Ministerio Público, cooperando en la investigación de los delitos', síguese que la peritación ordenada por el Juez y rubricada ya sea por funcionarios de la entidad o por auxiliares de ella, ligados en cualquier forma al servicio público, son experticios que tienen todo el valor de documentos emanados de oficinas públicas. Se repite que la relación que ligue al perito con la Institución a la cual preste su servicio, resulta irrelevante para el fondo mismo de la cuestión que se pretende probar. Lo anterior ha sido sostenido por esta Procuraduría en caso similar, cuando los Médicos Legistas, basándose en peritación que trataba de fijar consecuencias o secuelas de lesiones personales, fueron dictaminadas por persona no vinculada a la Administración, pero cuyo experticio fue acogido por los Médicos Legistas, sin necesidad de que hubiese sido juramentado el perito médico legal, ya que como funcionario lo liga el juramento de cumplir la Constitución y las leyes de la República.

Acepta también la Sala la siguiente réplica del señor Agente del Ministerio Público, en cuanto a este primer cargo:

"El distinguido recurrente recalca sobre el hecho de que el Jefe de la Seccional del DAS de Antioquia hubiese posesionado al perito, doctor Alberto Posada Angel, sin que, según su afirmación, tenga esas atribuciones, ya que no le corresponden sino al funcionario instructor o del conocimiento.

"De aceptarse el razonamiento de esta Procuraduría, tenido como un experticio oficial, emanado de un organismo de la Administración, la posesión del perito no tenía por qué sucederse, no obstante lo cual se sentó esa diligencia, observándose los artículos 148 y 261 del C. de P. P.".

Corresponde agregar que la Sala ha señalado lo siguiente:

"En jurisprudencia sentada por la Corte se ha aceptado que los médicos legistas, por ser auxiliares de la justicia prestaron su juramento de rigor al posesionarse de su cargo, según lo exigen la Constitución y el C. P. y M.", (Sents. de 7 de junio de 1944. G. J. t. LVII. p. 620, y de 17 de oct. de 1945, G. J. t. LIX, p. 996).

Y es que, en la práctica, al dirigirse el funcionario de instrucción criminal al Departamento Administrativo de Seguridad para que se practicara la peritación grafológica, dado el carácter oficial de esta entidad y sus funciones de auxiliar de la Administración de Justicia, no sólo cabe

entender que aquél —el funcionario de instrucción— indirectamente hizo la designación del perito, concretándolo en la persona que fue nombrada por ese Departamento Administrativo de Seguridad, sino que, de otra parte, el juramento que han prestado los funcionarios que sirven en esta Oficina del Estado es suficiente garantía para que las conclusiones del experto cuenten con ese respaldo legal que ordena el artículo 261 del C. de P. P.

Igual cosa ocurre cuando el juez o funcionario de instrucción criminal solicitan los antecedentes judiciales o de policía de un procesado, pues la labor de búsqueda en los archivos implica la intervención de expertos en dactiloscopia.

No resulta, pues, demostrado este cargo.

2º La confesión de Escolástico Herrera Ortiz

Como se dejó anotado al hacer la reseña de la demanda presentada por el señor apoderado de Gerardo Alejo Huertas, sostiene el actor que el ad-quem incurre en yerro al no tomar en cuenta, para eximir de responsabilidad a su mandante, la versión dada por el señor Herrera Ortiz en la diligencia de audiencia pública.

Pero, como lo observa el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, "no debe olvidarse que el señor Alejo reconoció como suya la firma de aceptación que estampó en compañía de su ex-amante, letra que con esa aceptación fue a dar a poder de Escolástico Herrera, con el concurso de Gerardo Alejo cuando estampó la grafía que dice 'Guillermo Ribas' y que la experticia grafológica demostró que había sido hecha por el señor Gerardo Alejo Huertas. Recuérdese también que en la diligencia de careo entre Gerardo Alejo y Guillermo Rivas, el industrial, éste le sostuvo lo que sigue:

"Fl. 15 vt. 'Este señor o mejor el señor que me trajo o que me dijo que tenía que venir aquí a rendir declaración me dijo que tenía una letra a mi favor por la suma de 3.000 y pico de pesos y que con los intereses subía a más de 4.000 pesos. Que al falsificar mi firma eso daba más de 10.000 pesos. Yo dije que la letra, que no sabía si se me había perdido o me lo habían robado, en tanto tiempo yo no me acordaba'. Y prosigue: "Oiga, doctor, yo tuve negocios con él...' (refiriéndose a su confrontado) ...', pero esa letra no, yo dije que no estaba seguro, ni se me perdió, ni nada. Esa letra la tenía era el señor Alejo', (Fl. 15 vt.).

Y agrega el señor Agente del Ministerio Público que estos cargos no fueron contradichos en esa diligencia de careo.

Además, lo que expresa el señor Escolástico Herrera Ortiz en la versión que dio en la diligencia de audiencia pública, se refiere, apenas, a que el señor Gerardo Alejo Huertas no tuvo conocimiento de la finalidad que iba a dársele al instrumento negociable varias veces mencionado, lo cual no conduce a que se excluya la culpabilidad de éste en el delito de falsedad en documentos, pues cuando esta infracción se comete en instrumentos negociables no se requiere la intención de causar perjuicio a tercero. Basta, para integrar el elemento subjetivo del delito, en esta hipótesis, que se tenga la intención de alterar la verdad por algunos de los medios indicados en el artículo 231 del Código Penal, sin que el fin al cual se destine el documento falso forme parte integrante del dolo. Otra cosa es que se examinara la posibilidad de que el señor Gerardo Alejo Huertas hubiera coparticipado en el supuesto delito de estafa, de haberse cometido esta infracción mediante el empleo de esa misma letra de cambio para inducir en error a otro, pues en esta infracción penal se exige el perjuicio de tercero y el beneficio ilícito para el agente. Se tiene, en efecto, lo que el demandante expone:

"En la citada diligencia dice el señor Escolástico Herrera: 'Preguntado: Usted habló alguna vez antes que tuviera noticia de investigación que por la tan mentada letra se seguía, con el señor Gerardo Alejo, acerca del negocio que usted verificó con el señor Hipólito Vergara? Contestó: Yo nunca he hablado con el señor Alejo de negocios. Preguntado: ¿Significa lo anterior que usted considera, en su juicio, su creencia de que el señor Gerardo Alejo no tenía noticia de que por una letra de cambio en que él figuraba como girador al lado de su señora, se hizo o se iba a hacer un embargo a su persona para impedir el registro de la escritura por medio de la cual usted vendía una casa al señor Hipólito Vergara? Con-

testó: Es que a mí no me hacían embargo. Rectifico: posiblemente yo he contestado mal, sí, el embargo me lo hacían a mí para no registrar la escritura, pero yo no había hablado de eso con el señor Alejo".

Como se aprecia, estas alusiones del señor Escolástico Herrera Ortiz a la ausencia de conocimiento del señor Gerardo Alejo Huertas del fin que iba a darse a la citada letra de cambio, en nada eximen a éste de responsabilidad, pues para que pueda imputársele el delito de falsedad en documentos (instrumentos negociables) averiguado no era necesario que estuviese de acuerdo con Herrera Ortiz sobre el uso que posteriormente se dio a tal instrumento.

El Código Penal colombiano es finalista en los casos de falsedad en documento privado (artículo 240) y en los eventos de uso, a sabiendas, de un documento público o el de aquéllos que mencionan los artículos 232 y 233 (artículo 234 del Código Penal), pues en todas esas hipótesis delictivas se exige, como expresamente lo indican esas disposiciones, que la falsedad cause perjuicio a tercero o que, al menos, exista en el agente el propósito de causarlo, constituyendo este resultado o aquel dolo específico una condición típica del delito, en esos eventos de falsedad documentaria.

En cambio, no exige el Código Penal ninguna de esas condiciones típicas en los casos de falsedad en documento público (artículo 231), ni en aquéllos a los cuales se refieren los artículos 232, 233, 235, 236, 237, 238, 239, 243, 244 y 246, pues en ninguna de estas disposiciones se indica que la conducta debe haber ocasionado daño a tercero o que el agente tenga el propósito de ocasionarlo.

Claro está que todo delito debe causar un daño o, al menos, representar un peligro de daño. Pero en los eventos inmediatamente antes citados basta esa lesión genérica al interés de la fe pública, bien éste que **Binding** concreta en "la recta efectividad de la prueba", y que **Quintano Ripolles** denomina "la genuinidad documentaria". Unicamente en los casos de los artículos 240 y 234 del Código Penal, se repite, se requiere, además de esa lesión genérica a la fe pública, que un tercero sufra un perjuicio o que el agente se proponga realizarlo.

De la misma manera, en el campo subjetivo del delito, el dolo, en todos los casos de falsedad en documentos, consiste en la intención o conciencia de efectuar una inmutación de la verdad, sabiendo que daña o puede dañar esa "genuinidad documentaria" o esa "recta efectividad de la prueba", (fe pública). Unicamente en las conductas que sancionan los artículos 240 y 234 se hace indispensable, además, la intención específica (dolo específico) de perjudicar a terceros, sea que este daño se ocasione o no.

Pues bien:

¿Puede negarse que el señor Gerardo Alejo Huertas desconocía que lesionaba "la recta efectividad de la prueba" o la "genuinidad documentaria", cuando llevó a cabo la falsedad que se le imputa en la letra de cambio que endosó a Escolástico Herrera Ortiz y a la señora esposa de éste? Es obvio que debe responderse que no desconocía esa consecuencia de su conducta, pues ese endoso lo llevó a cabo escribiendo el nombre de 'Guillermo Ribas' (sic), beneficiario de ese instrumento negociable, girado precisamente a cargo de este procesado recurrente.

Y por tratarse de un instrumento negociable, su falsificación, para que sea reprimida penalmente, no exige el daño a tercero o la intención de causarlo, como se ha dicho ya.

No aparece, por tanto, acreditado este segundo cargo.

3º Testigo único

En el alegato escrito presentado por el doctor Julio Romero Soto dentro de la diligencia de audiencia pública celebrada en el trámite de este recurso, manifiesta que "aún afirmada por Rivas la responsabilidad penal de Gerardo Alejo Huertas, su testimonio único al respecto, si como testigo puede considerarse al presunto lesionado, no puede tener el carácter de plena prueba".

Ciertamente, no es este un nuevo cargo propuesto en la demanda de casación, sino que lo argüído fue objeto, apenas, de ese escrito presentado por el actor en la audiencia pública. Y si bien, por este aspecto,

no corresponde a la Sala tomarlo en cuenta no sobra indicar que no se trata de prueba única la considerada para condenar al recurrente Gerardo Alejo Huertas, pues la peritación grafológica lo señala como autor de la falsedad aludida; y, además, únicamente con respecto al indicio se dice en la ley de procedimiento penal que uno solo "no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada". En cuanto al testimonio, el Código de Procedimiento Penal señala al juez la facultad de "apreciar razonadamente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquéllas en que se rinda la declaración", (artículo 224). No se indica, pues, ninguna restricción en cuanto a la fuerza de convicción que tenga un solo testigo, quedando su credibilidad, como se ha visto, al examen que lleve a cabo el juzgador a ese respecto.

Causal primera

En ambas demandas se invoca ésta como consecuencia del resultado de la segunda. En consecuencia, al no prosperar esta última causal, tampoco tiene éxito aquélla.

Sin embargo, en la demanda presentada por el doctor Agustín Gómez Prada, apoderado del recurrente Escolástico Herrera Ortiz, se presenta, como subsidiario, el siguiente cargo, a través de esta causal primera de casación:

"En subsidio y para el caso de que la causal que prospere sea la tercera, pido también que se invalide la sentencia y se dicte la que corresponde, que es la correspondiente a falsedad de uso, de acuerdo con lo dicho por el Juzgado: 'El acto de Escolástico Herrera se halla tipificado en el artículo 234 del mismo Código (Penal), pues teniendo conocimiento de que la letra y los endosos eran falsos, hizo uso de ella, con el fin de perjudicar a Vergara Ruiz y beneficiarse él, hecho que está sancionado con la misma pena del artículo 233 del C. P., disminuída hasta en una tercera parte', y eso aumentando el mínimo al doble, según el Decreto 2184 de 1951".

Sobre el resultado de este cargo subsidiario se pronunciará la Sala al examinar la causal tercera de casación, de lo cual pasa a ocuparse.

Causal tercera

Se dice en el artículo 567 (ordinal 3º) del C. de P. P., que "hay lugar a casación..., cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Esta causal únicamente fue invocada por el señor apoderado de Escolástico Herrera Ortiz. En la demanda expresa el actor que "el Tribunal, al revisar la sentencia de primera instancia, consideró que había, no uno, sino dos delitos: falsedad por uso, y, además, falsedad de la firma de la señora Emperatriz González de Herrera...", siendo así que "en el auto de proceder se contempla solo un hecho, y no se puede en la sentencia, sin deslealtad para con el procesado, cargarle un nuevo delito no contemplado en el auto de proceder".

Se tiene lo siguiente:

El Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia de 26 de julio de 1961 (Fls. 209 a 225 del Cd. 1º), revocó el sobreseimiento temporal proferido por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, en favor de Escolástico Herrera Ortiz, y, en su lugar, lo llama a juicio por el delito de falsedad en documentos.

En la parte motiva de este proveído se dice lo siguiente, en cuanto a la especificación del cargo hecho a Herrera Ortiz:

"Las consideraciones que anteceden son más que suficientes para señalar a Gerardo Alejo Huertas y a Escolástico Herrera Ortiz como autores del delito de falsedad en documentos, porque el primero falsificó la firma del girador de la letra en el endoso que aparece en el reverso, en tanto que el segundo hizo uso de ese documento a sabiendas de su falsedad, al endosarlo a favor de Rafael González".

En ninguna parte de este proveído se afirma que el señor Herrera Ortiz pusiera en el instrumento negociable falsificado el nombre de su esposa, la señora Emperatriz G. de Herrera, seguramente porque el exa-

men de esta "firma" no fue sometido al perito grafólogo.

Es evidente, entonces, que al ser especificados los cargos en la parte motiva del auto de proceder se indicaron, como violados, el artículo 233 del Código Penal por Gerardo Alejo Huertas, y el artículo 234 de la misma obra por Escolástico Herrera Ortiz, pues el contenido de estas normas se acomoda a la parte que se dejó transcrita, de la citada providencia, a saber:

"Artículo 233: El particular, o el funcionario o empleado público que no se encuentre en el caso previsto en el inciso 1º del artículo 231, que cometa en escrituras, documentos públicos u oficiales o en instrumentos negociables, alguna de las falsedades enumeradas en dicho artículo, incurrirá en presidio de dos a ocho años".

"Artículo 234: El que a sabiendas haga uso con propósito de lucrarse o perjudicar a terceros, de un documento falso, de los enumerados anteriormente, incurrirá en la sanción establecida en los artículos precedentes, según el caso, disminuída hasta en una tercera parte".

Ahora bien:

En la sentencia de primera instancia, claramente fundada en los distintos cargos hechos a los procesados, se les impuso las sanciones con apoyo en los dos artículos antes transcritos, en su orden, así:

"Contra el procesado Gerardo Alejo Huertas su hecho está enmarcado dentro del artículo 233 del Código de las penas, por haber hecho aparecer en un instrumento negociable a una persona, Guillermo Rivas R., como que hubiera concurrido al acto del endoso, cuando realmente no concurrió, como se halla demostrado en el expediente, y por tanto su hecho es sancionable con pena de presidio de dos a ocho años, según dicho artículo.

"En cambio, el acto de Escolástico Herrera se halla tipificado en el artículo 234 del mismo Código, pues teniendo conocimiento de que la letra y los endosos eran falsos, hizo uso de ella, con el fin de perjudicar a Vergara Ruiz y beneficiarse él, hecho que está sancionado con la misma pena del artículo 233, disminuída hasta en una tercera parte".

Y, en concreto, les fueron impuestas a los recurrentes Gerardo Alejo Huertas y Escolástico Herrera Ortiz, en este fallo de primera instancia, las penas principales de cuatro años de presidio y dos años y ocho meses de presidio, respectivamente, tomando en consideración los artículos 233 y 234 del Código Penal y el Decreto 2184 de 1951, que elevó al doble "las penas mínimas señaladas en el Libro II del Código Penal y leyes que lo adicionan y reforman".

En la sentencia acusada, luego de expresar el ad-quem que "en cuanto a la falsedad material, la situación de los procesados es idéntica", y de señalar que "a ambos procesados debe aplicárseles la sanción mínima", fijó en cuatro años de presidio la pena principal que deben purgar Gerardo Alejo Huertas y Escolástico Herrera Ortiz.

En la parte motiva de este fallo de segunda instancia también se anota:

"Por lo tanto, ubicados éstos, dentro del cuadro del artículo 231 del Código Penal, se tiene, entonces, que Escolástico Herrera, en primer término, realizó una falsedad material, esto al contrahacer o fingir la firma de la señora Emperatriz de Herrera. En segundo término realizó una falsedad ideológica, al hacer aparecer como parte en una relación jurídica inexistente..." su propia persona..."; al aparecer como beneficiario, en razón de su endoso, de una obligación que, obviamente él sabía bien que no existía. En efecto, Escolástico Herrera utilizó una letra, frente a la cual no tenía ningún derecho, nada menos que para pagarle una deuda a su padrino, el señor Rafael González Gutiérrez; esta falsedad ideológica, pues, se consumó en el momento mismo en que, Escolástico, endosó el citado instrumento negociable.

"A este respecto, no entiende el Tribunal por qué el Juzgado de primera instancia apreció en forma distinta la actuación de los dos procesados, ubicando a Huertas en cuanto a su conducta dentro del citado artículo 231 del Código Penal y a Escolástico Herrera dentro del artículo 234, como responsable de una falsedad por uso simplemente, cuandoquiera que la situación es la misma: como que ambos hicieron un endoso falso de un instrumento negociable, ambos contrahicieron o fingieron una firma

de tercera persona. Con el agravante, por parte de Escolástico Herrera, de que él estampó, como ya se dijo, la suya propia, consumando, así, además, una falsedad ideológica".

Pues bien:

No cabe duda alguna de que este fallo del Tribunal Superior de Bogotá no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder al recurrente Escolástico Herrera Ortiz, pues al llamarlo a juicio se le imputó el caso de falsedad que define el artículo 234 del Código Penal, y al proferir sentencia condenatoria en su contra se tuvo en cuenta la hipótesis que reprime el artículo 233 de la misma obra.

En sentencia de 17 de abril de 1961 (G. J. t. XCV, p. 553 a 571), dijo esta Sala:

"Si el veredicto no se acopla al llamamiento a juicio o si se pronuncia sobre circunstancias constitutivas o específicamente agravantes del ilícito no sometidas a su consideración, la sentencia que el juez de derecho dicte conformándola a los términos de la decisión del Jurado es una sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder.

"....

"Cuando el Jurado afirma una responsabilidad criminal en circunstancias más gravosas a las que se le sometieron a su juicio, contraviene el pliego de cargos y lo que en tal sentido exprese no obliga al fallador, quien ha de tener por no escrito lo que el Jurado exprese más allá de la cuestión sometido a su examen. Aceptar un pronunciamiento excedido virtualmente coloca en pugna la sentencia con el auto de proceder, e incluso con el mismo veredicto, que sólo es atendible en lo pertinente. Tratar de forzar con el fallo una situación procesal inequívoca, so pretexto de atender y entender un veredicto más allá de su verdadero contenido autoriza y da fundamento a la causal tercera de casación".

Cuando el ordinal 3º del artículo 431 del C. de P. P. manda que en la parte motiva del auto de proceder se haga una "calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen", es evidente que, en lo que respecta a los motivos de agravación de la responsabilidad, sólo pueden tomarse en consideración en la sentencia los que se han indicado en el pliego de cargos. Si en un fallo condenatorio se dedujeron circunstancias especiales de agravación de la pena, no señaladas en el auto de proceder, se quebrantaría la unidad del juzgamiento y el deber de lealtad para con el enjuiciado, pues se le condenaría por cargos que, por no habérsele formulado oportunamente, mal podía, respecto a ellos, adelantar su defensa.

Así, pues, si al procesado Escolástico Herrera Ortiz se le llamó a juicio por el delito de falsedad en documentos, especificando el cargo dentro de la previsión contenida en el artículo 234 del Código Penal, esto es, por haber hecho uso "con propósito de lucrarse o perjudicar a terceros, de un documento falso...", a sabiendas de su falsedad, mal se le puede condenar por un hecho específicamente distinto y que acarrea una mayor represión, como ese que tipifica y sanciona el artículo 233 del mismo Código. La consonancia que deben guardar la sentencia y el pliego de cargos que se hace al enjuiciado en el auto de proceder así como la lealtad que corresponde guardar frente a éste, para que la defensa que ejercite sea plena, impiden que se haga una condenación en tales circunstancias.

Prospera, pues, la causal tercera de casación, sin embargo del concepto adverso del señor Agente del Ministerio Público, quien dice:

"Nada dice el Tribunal en relación con lo que afirma el distinguido recurrente de habérsele imputado dos delitos y juzgádose por ellos, sino lo único que hizo fue graduar la pena de acuerdo con las disposiciones penales. Es cierto que el Tribunal dentro del capítulo correspondiente a la tipicidad del delito, discurrió como lo afirma el recurrente pero sin que eso tuviera ninguna importancia, para el fallo, ya que solamente se hizo un análisis doctrinario respecto a la manera de estructurar la conducta del procesado Herrera en la norma penal. Justamente por ello, la sentencia del Tribunal anota: 'Conviene advertir, que tanto el procesado Gerardo Alejo Huertas, como el procesado Escolástico Herrera, en cuanto al delito de estafa, también imputado a ellos,

apenas se encuentran sobreseídos en forma temporal y que, de conformidad con la naturaleza del auto de proceder, el juicio únicamente se encuentra circunscrito a la infracción por la cual se profirió dicho llamamiento, esto es, al delito de falsedad documental'. Por lo anterior, no se ve cómo puede prosperar el argumento del doctor Gómez Prada, de violación del artículo 567 del C. de P. P., en su numeral 3º, ya que, se repite, lo único que hizo el H. Tribunal, en relación con el señor Herrera, fue graduar la sanción, de acuerdo con lo que se encontraba acreditado en los autos, en relación solamente con el delito de falsedad documental".

Por lo indicado, corresponde, de acuerdo con el aparte a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, invalidar "el fallo y dictar el que deba reemplazarlo", en lo que respecta al recurrente Escolástico Herrera Ortiz. Y a este respecto, atendido que le fue señalada la pena mínima, es del caso hacer esto mismo, tomando en cuenta el artículo 234 del Código Penal, esto es, que le corresponde como pena principal la de dos años y ocho meses de presidio, la misma que fue indicada por el **a-quo**. Igual cosa cabe hacer en cuanto a la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Como el señor Escolástico Herrera Ortiz lleva en detención preventiva un lapso superior al que le corresponde como pena privativa de la libertad, es del caso ordenar su inmediata excarcelación.

En lo demás, rige la sentencia objeto del recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, **Resuelve**: 1º **No invalidar** la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se ha hecho mérito, en lo que respecta al procesado **Gerardo Alejo Huertas**. 2º. **Invalidar parcialmente** el fallo aludido, en cuanto impone al procesado **Escolástico Herrera Ortiz** la pena principal de cuatro años de presidio y la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, y, en su lugar, LO CONDENA a la pena de dos años y ocho meses de presidio y a interdicción de derecos y funciones públicas por este mismo término. En lo demás, rige la sentencia acusada. 3º. ORDENAR que se ponga en libertad inmediata al procesado Escolástico Herrera Ortiz, de acuerdo con lo que se indica en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO. - INCIDENCIA DE LA CONDENA CONDICIONAL Y DE LA REINCIDENCIA EN LA SANCION DEL NUEVO DELITO

Aumento de pena con fundamento en otras circunstancias de agravación demostradas en el proceso. — Ausencia de justificación en los cargos formulados por el actor al fallo recurrido. — Causal 1ª de casación.

Es cierto que conforme al artículo 83 del C. P. "La condena (condicional) se extingue definitivamente si al cumplirse el período de prueba el condenado no ha incurrido en los hechos de que trata el artículo anterior", vale decir, si no ha cometido un nuevo delito o violado los deberes especiales que se le hayan impuesto, pero lo que sólo en realidad se extingue es la pena, como con toda claridad lo expresa el artículo 666 del C. de P. P. Por tanto, la condena continúa produciendo sus efectos permanentes, tales como el de configurar la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el artículo 37, ord, 2º, del C. Penal, o el de servir de base inicial para el cómputo de la reincidencia, conforme a los artículos 34 y 35 ibídem.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinte de agosto de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Pablo Emilio Arango Villalba contra la sentencia de fecha veintisiete de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué lo condenó a la pena principal de diez (10) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio.

Antecedentes

La mujer Carmen Elisa Berrío fue muerta de varias puñaladas el sábado veintiocho de octubre de mil novecientos sesenta y uno a orillas de la quebrada "El Tejar", en un paraje del camino que de Ibagué conduce a la vereda "La Martinica".

Se sindicó del crimen a Pablo Emilio Arango Villalba, quien en virtud de la prueba indiciaria recogida por la investigación, fue llamado a responder en juicio por el delito de homicidio agravado, auto de proceder que, con alguna modificación, confirmó el Tribunal Superior de Ibagué en providencia del cinco de diciembre de mil novecientos sesenta y dos. (Fls. 117 a 124, Cd. 1º).

Con oportunidad de la audiencia pública se le propuso al Jurado la cuestión correspondiente, ajustada a los términos del auto de proceder, siendo ésta su respuesta: "Sí es responsable sin la característica de asesinato". (Fl. 171, Cd. cit.).

Acatando el veredicto, la sentencia de primer grado, proferida por el Juzgado Tercero Superior de Ibagué el 15 de octubre de 1963, condenó al procesado, como responsable de homicidio simplemente voluntario, a la pena principal de nueve (9) años de presidio, sanción que el juzgador individualizó aumentando a la mínima señalada en el artículo 362 del C. P., un año. Para tal aumento se tuvo en cuenta, además de la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, la circunstancia de mayor peligrosidad prevista por el ordinal 2º del artículo 37 ibídem. (Fls. 179 a 191, Cd. cit.).

El Tribunal, al revisar el fallo de primera instancia, consideró que los factores de agravación en que se fundó el a-quo debían ser apreciados con mayor severidad, y, consecuentemente, alzó a diez (10) años la pena impuesta. (Fls. 223 a 233, Cd. cit.).

Demanda de casación

El recurso ha sido sustentado ante la Corte por apoderado especial. Como causal única para impugnar el fallo recurrido se invoca la que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal contempla en su ordinal 1º,: Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Los cargos que al amparo de la causal descrita se formulan a la sentencia recurrida pueden compendiarse así:

a) "Tomó como circunstancia de mayor peligrosidad un hecho (una condena condicional) que no tiene tal carácter".

"El Juzgador ad-quem —firma el demandante—, consideró que en el presente caso se configuraba tal circunstancia por cuanto el acusado mediante sentencia ejecutoriada en el mes de julio de 1951, cuyas copias obran a los folios 209 y ss. del expediente, fue condenado condicionalmente a la pena de seis meses de prisión".

Sin embargo, ese hecho no constituye circunstancia de mayor peligrosidad, porque: 1º) el numeral 2º del artículo 37 del C. P. "habla de condenaciones, en plural, lo que da a entender que para que tal circunstancia de mayor peligrosidad se tipifique es necesario que con anterioridad se haya incurrido en más de una sentencia condenatoria; 2º) "La sentencia de julio de 1961 (debió citarse junio de 1951) por medio de la cual se otorgó a Arango Villalba la condena condicional por un delito de lesiones personales cometido en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación y en desarrollo de una riña imprevista no revela en él una mayor peligrosidad sino por el contrario es una aceptación judicial de que no era nada peligroso para la sociedad y por lo tanto es ilegal tenerla en cuenta como la circunstancia de mayor peligrosidad a que hace referencia el numeral 2º del artículo 37 al hablar de 'condenaciones' anteriores; 3º) "El artículo 83 del C. Penal dice que 'la condena (condicional) se extingue definitivamente si al cumplirse el período de prueba el condenado no ha incurrido en los hechos de que trata el artículo anterior'. Al decir la Ley que una vez cumplido satisfactoriamente el período de prueba la condena se extingue definitivamente, debe entenderse que esa extinción abarca todos los efectos y consecuencias que conlleva una sentencia condenatoria en materia penal, con excepción y esto por mandato expreso del artículo 84, de la obligación de reparar los daños causados por el delito".

b) "Tomó en cuenta una gravedad y modalidad del hecho delictivo inexistentes y negadas por el Juri".

"Si bien es cierto —observa al respecto el demandante—, que el Juzgador de instancia es autónomo para fijar la pena entre la mínima y la máxima establecida por el Código, teniendo en cuenta entre otras cosas la 'gravedad y modalidades del hecho delictivo', no es menos cierto que tal gravedad y tal modalidad sólo pueden influir en la sanción cuando existen y están demostradas en el proceso no con meras suposiciones o hipótesis y menos cuando ellas han sido negadas expresamente por el Juri al proferir su veredicto de conformidad con el cual se está dictando la sentencia".

c) "Tomó en cuenta para aumentar la sanción por dos veces el mismo hecho: la personalidad peligrosa del agente".

"También se fundamenta la sentencia para elevar la pena —dice el actor— en la supuesta personalidad peligrosa del agente, peligrosidad que hace emanar del delito que mereció el otorgamiento de la condena condicional de que se habló anteriormente...". Y agrega: "Al tomar la sentencia nuevamente la personalidad del agente pecó contra el postulado 'non bis in idem', puesto que tomó el mismo hecho, la sentencia condenatoria condicionada anterior, como doble fundamento para aumentar la pena impuesta".

Con fundamento en tales observaciones el impugnador afirma que el fallo es violatorio de los artículos 36 y 37 del Código Penal. La demanda concluye solicitando "que la sentencia recurrida sea invalidada y se dicte la que deba reemplazarla, de con-

formidad con lo dispuesto en el artículo 570 del C. de P. P., o sea que se fije la sanción en la pena que le corresponde que no puede ser otra que la mínima establecida en el artículo 362 del Código Penal".

El Ministerio Público

Después de examinar circunstanciadamente la acusación el Procurador Segundo estima que los motivos aducidos para sustentarla no se han demostrado, razón por la cual pide a la Corte que, de acuerdo con el artículo 569 del C. de P. P., deseche el recurso interpuesto.

Consideraciones de la Corte

1ª. Está acreditado en el informativo, con la prueba idónea, que a Pablo Emilio Arango Villalba se le condenó por un delito de lesiones personales perpetrado el 22 de febrero de 1948. En efecto, sobre el particular obran en el expediente copias de las sentencias de primero y segundo grados, proferidas en el respectivo proceso por el Juzgado Segundo del Circuito Penal de Ibagué y el Tribunal Superior de la misma ciudad, en su orden. (Fls. 209 a 222, Cd. 1º).

Es incuestionable que al tenor del artículo 34 del C. P., Arango Villalba no puede ser considerado como reincidente, pero sería ilógico y arbitrario que esa condena anterior, por ser una sola y de carácter condicional, careciera de significado con respecto a la peligrosidad del reo y sin incidencia alguna en la sanción del nuevo delito por él cometido.

2ª. Es cierto que conforme al artículo 83 del C. P. "La condena (condicional) se extingue definitivamente si al cumplirse el período de prueba el condenado no ha incurrido en los hechos de que trata el artículo anterior", vale decir, si no ha cometido un nuevo delito o violado los deberes especiales que se le hayan impuesto, pero lo que sólo en realidad se extingue es la pena, como con toda claridad lo expresa el artículo 666 del C. de P. P. Por tanto, la condena continúa produciendo sus efectos permanentes, tales como el de configurar la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el artículo 37, ordinal 2º, del C. Penal, o el de servir de base inicial para el cómputo de la reincidencia, conforme a los artículos 34 y 35 ibídem.

3ª. Es verdad, por otra parte, que el Jurado en su respuesta descartó la insidia, pero ello en manera alguna significa que el Tribunal no pudiese, utilizando el criterio orientador que proporciona el artículo 36 del Código Penal, aumentar la pena con fundamento en otras circunstancias de agravación demostradas en el proceso. Y ello fue lo que en realidad hizo cuando en el fallo acusado expresó: "...que hubo prevalencia de fuerza física del hecho sobre ella, que sufrió heridas incisas mortales y también lesiones contusas que acreditan que fue golpeada antes de ser muerta para mejor ser dominada y que todo ello ocurrió en descampado y soledad, sin que la víctima pudiera disfrutar de elementos adecuados para su defensa o su salvación..."

Lo dicho basta para concluir que hay ausencia de justificación en los cargos formulados por el actor al fallo recurrido, y que, consecuencialmente, habrá que desecharse el recurso interpuesto.

Decisión

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el 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 expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León, Secretario.

DELITO CONTINUADO DE HURTO COMUN

Cuestionarios sometidos a los Vocales de los Consejos de Guerra Verbales. — Elaboración de éstos de acuerdo con el auto de proceder. — Aplicación de los artículos 559 del C. de J. P. M. y del 28 de la Ley 4ª de 1943. — Delito continuado y concurso material de delitos. — Causales 4ª y 1ª de casación. — Sentencia de acuerdo con el veredicto del jurado y con aplicación del artículo 32 del C. P., Ineficaz impugnación por supuesta violación de la Ley procedimental por haberse pronunciado la sentencia en juicio viciado de nulidad.

1. Tanto el artículo 559 del C. de J. P. M., aplicable a los Consejos de Guerra, como el 28 de la Ley 4ª de 1943, aplicable a los juicios en que interviene el jurado, expresamente dicen que el cuestionario se formulará "conforme al auto de proceder", que es el pliego de cargos que se formula al procesado para que pueda defenderse. Por esto la ley establece como motivo de casación, entre otros, la hipótesis de que la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder (Ord. 4º, artículo 567 del C. de P. P.).

De lo dicho se concluye, que si al Consejo de Guerra se le hubieran formulado dos cuestionarios, se hubiera quebrantado el auto de proceder y se habrían violado las garantías que la ley concede al sindicado, ya que en este caso se le llamó a juicio por un solo delito continuado de hurto y no por concurso material, que sanciona con mayor pena el artículo 33 del C. Penal.

2. En cuanto a la causal primera de casación invocada en segundo lugar como consecuencia de la cuarta, y por la que el recurrente pretende que se sancione con mayor pena al soldado acusado, dando aplicación al artículo 33 del Código Penal, y también al mismo artículo del Código de Justicia Penal Militar, en lugar de sancionarlo como lo hizo la sentencia recurrida, de acuerdo con el veredicto del jurado, dándole aplicación al artículo 32 del C. Penal, tampoco puede prosperar, por cuanto al dar aplicación a aquellas disposiciones se desconocería el veredicto dado por el Consejo de Guerra Verbal, que es la base de la sentencia, incurriéndose así en un desacuerdo entre dicho veredicto y la sentencia que tal cosa hiciera.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos

Corresponde resolver el recurso de casación propuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior Militar, contra la sentencia dictada por esa entidad el 31 de enero de 1964, por medio de la cual se resolvió condenar al soldado **José Isaías Ortiz Alvarez**, a la pena principal de dieciocho meses de prisión como responsable del delito de hurto común, cometido en las circunstancias que se especificarán más adelante.

Hechos

Los que dieron lugar a este proceso los relata en la siguiente forma el Fiscal recurrente:

"a) En el mes de abril de 1961 el señor Teniente Coronel Alvaro Valencia Tovar se disponía a viajar a la ciudad de Bogotá, a donde había sido trasladado de la Guarnición de Manizales, estando el soldado Jo-

sé Isaías Ortiz Alvarez asignado como asistente del señor coronel y en consecuencia teniendo acceso a la residencia del nombrado oficial, se sustrajo un revólver de propiedad del mismo, marca "Colt", calibre 38 L., que éste mantenía en su mesa de noche, y además también se apropió de un anillo de zafiro y un par de aretes pertenecientes a la señora esposa del oficial.

"b) A mediados del mes de junio de 1961 el acusado Ortiz Alvarez dio en venta el arma al agente José Ignacio Valderrama Calderón y a su vez enajenó las joyas por la cantidad de $ 50.00.

"c) En el mismo cuartel del Batallón Ayacucho, en el mes de julio del año de 1961, el acusado Ortiz Alvarez penetró en la habitación del señor teniente Aquilino Barón Caro, de donde se sustrajo la pistola marca "Walter", distinguida con el número 24247, calibre 32 corto, junto con 15 cartuchos, arma ésta que negoció con el señor Evelio Serna Montoya por la suma de $ 300.00 y la que fue hallada en poder del comprador".

La investigación se adelantó con base en el informe rendido en Bogotá por el teniente coronel Alvaro Valencia el 10 de agosto de 1961, en donde da cuenta de los elementos que le habían sido sustraídos.

Además, dentro del proceso se esclareció que Ortiz Alvarez aparecía como sindicado de otros hechos, cuya investigación se adelantaba separadamente, relativos a los efectos sustraídos al teniente Aquilino Barón Caro, de su pieza de habitación.

Con posterioridad, el Comandante del Batallón Ayacucho consideró que se debía decretar la acumulación de las causas, y así lo ordenó en providencia del 27 de marzo de 1962. (Fl. 105).

El primer Consejo de Guerra celebrado en este negocio, culminó con la sentencia dictada en Manizales el 17 de mayo de 1962, por medio de la cual los Vocales condenaron al procesado Ortiz Alvarez como responsable de "los delitos de tráfico ilegítimo de armas y municiones".

Al conocer el Tribunal Superior de esta providencia, por auto de fecha 7 de septiembre de 1962, resolvió declarar nulo lo actuado en este proceso a partir del auto de 5 de febrero de 1962. (Fl. 38), por medio del cual se declaró cerrada la investigación.

Subsanada la irregularidad y después de haberse resuelto un incidente de colisión de competencia suscitado entre el Comandante del Batallón Ayacucho y el Juzgado Segundo Municipal de Manizales, se declaró cerrada la investigación. Obtenido el concepto fiscal, por auto de 18 de febrero de 1963, entre otras cosas, se dispuso: 1º Llamar a responder en juicio criminal, ante el Consejo de Guerra, por el procedimiento señalado en el artículo 544 a 565 del Código Penal Militar, al soldado José Isaías Ortiz Alvarez, de condiciones personales conocidas, como sindicado de los delitos continuados de tráfico ilegítimo de armas y municiones que define y sanciona el Libro II, Título XI. Capítulo 6º del Código de Justicia Penal Militar, hechos sucedidos en la ciudad de Manizales en los meses de junio y julio de 1961, y de los delitos continuados de hurto común que reprime y castiga el Código Penal ordinario en su Libro II, Título XVI, Capítulo 1º, cometidos en perjuicio de los intereses del señor Teniente Coronel Alvaro Valencia Tovar y del Teniente Aquilino Barón Caro, en la ciudad de Manizales, a mediados del mes de abril y julio de 1961, respectivamente.

Al conocer, en virtud de apelación, de la anterior providencia enjuiciatoria, el Tribunal Superior Militar, en auto del 11 de junio de 1963, la confirmó en lo relacionado con el procesado Ortiz Alvarez.

Convocado el Consejo de Guerra, y formulados los cuestionarios, de acuerdo con el auto de proceder, esta entidad declaró al soldado Isaías Ortiz Alvarez responsable del delito de hurto continuado, por el cual había sido llamado a juicio, y lo absolvió en relación con el delito de comercio ilícito de armas.

En desarrollo de los veredictos proferidos en este proceso, el juez de primera instancia, en fallo del 24 de septiembre de 1963 condenó al sindicado Ortiz Alvarez a la pena principal de veintidós meses y quince días de prisión y a las penas accesorias correspondientes, absolviéndolo por el delito de "tráfico ilegítimo de armas y municiones".

El Tribunal Superior Militar, al revisar, en virtud de consulta, el fallo de primera

instancia dictado en este proceso, por sentencia del 30 de enero de 1964, confirmó en parte la consultada, reduciendo la pena privativa de la libertad del reo Ortiz Alvarez a la pena de dieciocho meses de prisión como responsable del delito continuado de hurto común. disponiendo, asimismo, la libertad incondicional del procesado por haber cumplido la condena impuesta en prisión preventiva.

Demanda de casación

El señor Fiscal recurrente, en su demanda de casación, acusa la sentencia con fundamento, primeramente, en la causal cuarta del artículo 567 del C. de P. Penal, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

El motivo de impugnación fundado en esta causal lo expresa el recurrente así:

"Acuso la sentencia del H. Tribunal Superior Militar, cuya parte resolutiva se halla transcrita, con base en la causal Cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal; o sea por ser violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad y ello por los motivos siguientes:

"a) No haberse elaborado el Cuestionario para los Vocales en la forma establecida en el Código de Justicia Penal Militar, ordinal 6º del artículo 441 del mismo Código, en relación con los artículos 559 y 561 ibídem.

"El cuestionario formulado en relación con el procesado **José Isaías Ortiz Alvarez** reza textualmente:

"El acusado soldado **José Isaías Ortiz Alvarez, es** responsable, **sí o no**, de haberse sustraído sin el consentimiento del dueño y con el propósito de aprovecharse de ella, un revólver marca "Colt Caballo" calibre 38 largo Nº 54176, y un juego de joyas compuesto por un par de pendientes y anillo de oro con incrustaciones de piedras de morano (sic), perlas y zafiros, propiedad del Teniente Coronel Alvaro Valencia Tovar, aprovechando la confianza depositada por el dueño. Y en la ejecución del mismo designio, de una pistola marca "Walter" calibre 32 corto número 24247 con su correspondiente proveedor y quince cartuchos para la misma, propiedad del Teniente Aquilino Barón Caro, introduciéndose para este fin a un lugar destinado a habitaciones, hechos ocurridos a mediados de los meses de abril y julio de mil novecientos sesenta y uno (1961), respectivamente, en la ciudad de Manizales?"

"Viniendo al primer cargo, acuso la sentencia por ser violatoria de la Ley procedimental, por haberse pronunciado en juicio viciado de nulidad con fundamento en lo siguiente:

"Allí se hace alusión a la violación de lo consagrado en el artículo primero de la Ley cuarta de 1943, en armonía de lo dispuesto en el artículo 32 del Código Penal, cuando ha debido aplicarse en lugar de la disposición últimamente citada la consagrada en el artículo 33 ibídem.

"Se aprecia que existiendo varios sujetos pasivos y varios intereses individuales, de diversas personas, también como sujetos pasivos del ilícito, no puede afirmarse que es la ejecución de un mismo designio, ya que la intención del sujeto activo del delito se agota en su plenitud en cada persona, siendo independiente de cualquiera otra acción posterior para la comisión de un delito de idénticas características, allí se da cabida a un concurso material de delitos previsto en el artículo 33.

"El criterio seguido no presenta ninguna dificultad en el caso de haberse calificado de un hurto continuado el hecho de apropiarse del revólver, marca Colt, calibre 38 L. de propiedad del señor Teniente Coronel Valencia Tovar y de las joyas de su señora esposa, no así del arma del señor Teniente **Aquilino Barón Caro**, cuya apropiación la verificó el soldado en circunstancias diferentes.

"No es posible presumirse que los hechos hayan sido el planteamiento y la ejecución de un mismo designio, ya que esto no consta claramente en autos y como bien se estableció el bien jurídico protegido por la norma, está individualizado en cabeza de cada uno de los sujetos pasivos en forma independiente y en cada caso finalizó o terminó la intención del agente activo en la ejecución del acto externo cumplido en bienes de la persona perjudicada y en un espacio de tiempo considerable para poder afirmar que la intención dolosa se había ya agotado como

consecuencia del resultado inicialmente obtenido y que posteriormente en diversas circunstancias y condiciones se lesiona nuevamente un bien jurídico tutelado y protegido como bien particular en cabeza de persona diferente, esto apreciando que para cada hecho delictuoso de la misma naturaleza los elementos constitutivos de la infracción son los mismos, sin embargo son entes jurídicos independientes.

"Por esta razón se tiene que el cuestionario transcrito se confeccionó en forma contraria a lo consagrado en el artículo 559 y en especial en desacuerdo con el artículo 561 del Código de Justicia Penal Militar, ya que no se tuvo en cuenta que para cada delito y para cada sindicado, se elaborara un cuestionario separado.

"Esta omisión constituye una nulidad en la elaboración del cuestionario y consecuencia de ello de todo el proceso posterior del mismo, haciéndose imprescindible la convocatoria de un nuevo Consejo de Guerra para que los vocales puedan definir la situación del inculpado frente a cada una de las infracciones atribuidas al mismo y los jueces aplicar la ley luego de haberse definido nítidamente por los juzgadores en conciencia la responsabilidad del inculpado".

Causal segunda alegada

Esta causal que es la primera del Art. 567, la hace consistir en que la sentencia acusada es violatoria de la ley penal, y la invoca como subsidiaria.

Después de hacer el demandante un análisis de los elementos constitutivos del delito de hurto, de acuerdo con la calificación hecha por Ferri y de referirse brevemente al elemento objetivo y posteriormente al elemento subjetivo de esa infracción, alega que, en el presente caso, no ha debido aplicarse el Art. 32 del Código Penal, "ya que lo indicado era dar aplicación al artículo 33 de la misma obra, por estimar que aun cuando se infringió una misma norma penal, no se trata de un delito continuado ya que hubo diversidad de víctimas o agentes pasivos del delito y lesión en sus respectivos derechos y no como se requiere en el delito continuado, que se trate de la infracción repetida de una misma disposición de la ley penal, que sea la ejecución de un mismo designio con pluralidad de acciones, unidad del precepto violado y unidad de propósito delictuoso. Aquí no lo hay, ya que no existió intencionalidad de realizar desde el primer acto otro hecho dañoso del derecho ajeno".

En razón de las causales invocadas, solicita el Fiscal recurrente que la Corte Suprema de Justicia, acepte la causal primera de casación propuesta en forma subsidiaria, y de acuerdo con el ordinal d) del Art. 570 del C. de P. Penal, invalide la sentencia recurrida y en su lugar dicte la que deba reemplazarla.

El Procurador General de las Fuerzas Armadas, en su concepto de fondo, coadyuva la demanda presentada, fundado en que los elementos del proceso demuestran que el soldado José Isaías Ortiz Alvarez ha consumado dos acciones diversas contra el patrimonio: "La primera al sustraer el revólver 'Colt Caballo' calibre 38 Nº 54176, un par de aretes y un anillo con incrustaciones de piedra de murano, perlas y zafiros de propiedad del señor Teniente Coronel Alvaro Valencia Tovar, hecho penal ocurrido en el mes de abril de 1961, en el Batallón Ayacucho, en la Guarnición de la ciudad de Manizales; y la segunda al sustraer en el mes de julio del mismo año y en la misma ciudad, una pistola 'Walter', calibre 32 corto Nº 24247 con su proveedor y quince cartuchos de propiedad del señor Teniente Aquilino Barón Caro".

Después explica el Procurador, que aunque estas conductas del reo reúnan los elementos constitutivos del delito de hurto común (Ley 4ª de 1943, Art. 1º), "ellas son independientes la una de la otra, lesionan a distintas personas en sus bienes e intereses y están separadas por el tiempo en forma considerable".

Afirma que por tal motivo y de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, se está en presencia de un concurso real de delitos, lo que da cabida al Art. 33 del Código Penal Militar (Art. 33 del C. P.) que establece las sanciones que se deben imponer en estos casos, al disponer que en ellos "se aplicará al responsable de varios delitos la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto".

A continuación el señor Procurador hace referencia a la diferencia que hay con el

delito denominado continuado: "y cuando exista esa unitaria continuidad delictiva... y lesiona el mismo bien jurídico, entonces emerge el concepto de continuación delictual y ya, en estas circunstancias, sí es aplicable el artículo 32 del Código Penal Militar (Art. 32 del C. P.)".

Agrega, que la elaboración defectuosa de los cuestionarios en relación con el delito de hurto, dio ocasión a que se incurriera en la nulidad de que trata el numeral 6º del Art. 441 del mismo Código, manifestando al respecto lo siguiente: "En el caso de que nos ocupamos, los delitos de hurto común imputados al soldado José Isaías Ortiz Alvarez, no han debido conjugarse en un solo formulario siguiendo los lineamientos del artículo 32 que se refiere al delito continuado, ya que la realidad procesal es otra, pues, allí se estructura es un concurso material o real de delitos y en consecuencia el dispositivo (sic) aplicable es el 33".

Afirma finalmente, que la defectuosa elaboración de los cuestionarios implica también una violación del Art. 26 de la Carta, en cuanto dispone observar "la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Para resolver se considera:

Es cierto que el Art. 561 del Código de Justicia Penal Militar establece: "para cada delito y para cada sindicado se elaborará un cuestionario separado".

Asimismo, el Art. 441, ordinal 6º, señala como causales de nulidad en los procesos militares, el no haberse elaborado el cuestionario en la forma establecida por este Código.

Y es verdad que en relación con los delitos de hurto por los cuales se condenó en este proceso al soldado José Isaías Ortiz Alvarez, se elaboró y sometió al Consejo de Guerra Verbal un solo cuestionario, como se vio atrás, relacionado con los dos delitos investigados, cuestionario que el Jurado respondió afirmativamente.

Pero debe tenerse presente que la elaboración de estos cuestionarios se hizo de acuerdo con el auto de proceder, puesto que en el dictado el 18 de febrero de 1963 por el juez de primera instancia, expresamente se dijo, en la parte resolutiva, que se llamaba a juicio al sindicado Ortiz Alvarez por el **delito continuado de hurto común** (Fl. 204).

En la parte considerativa de la misma providencia, y en relación con los delitos de hurto porque se juzgó y condenó en este proceso al soldado Ortiz Alvarez, se expresa lo siguiente: "10. Síguese de lo dicho que los delitos de la propiedad que se analizan, caen asimismo dentro de la esfera del artículo 32 del Código Penal Militar, pues la doctrina nacional se halla orientada en aceptar el delito continuado, aun cuando existan varios sujetos pasivos de la delincuencia".

Y debe recordarse que aquella calificación fue acogida por el Tribunal Superior Militar, en providencia de 11 de julio de 1963.

Tanto el artículo 559, aplicable a los Consejos de Guerra, como el 28 de la Ley 4ª de 1943, aplicable a los juicios en que interviene el jurado, expresamente dicen que el cuestionario se formulará "conforme al auto de proceder", que es el pliego de cargos que se formula al procesado para que pueda defenderse. Por esto la ley establece como motivo de casación, entre otros, la hipótesis de que la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder (ord. 4º, Art. 567 del C. de P. P.).

De lo dicho se concluye, que si al Consejo de Guerra se le hubieran formulado dos cuestionarios, se hubiera quebrantado el auto de proceder y se habrían violado las garantías que la ley concede al sindicado, ya que en este caso se le llamó a juicio por un solo delito continuado de hurto y no por un concurso material, que sanciona con mayor pena el Art. 33 del C. Penal. Síguese de lo expuesto que la causal cuarta primeramente invocada no puede prosperar.

En cuanto a la causal primera de casación invocada en segundo lugar como consecuencia de la anterior, y por la que el recurrente pretende que se sancione con mayor pena al soldado José Isaías Ortiz Alvarez, dando aplicación al Art. 33 del Código Penal, y también al mismo artículo del Código de Justicia Penal Militar, en lugar de sancio-

narlo, como lo hizo la sentencia recurrida, de acuerdo con el veredicto del jurado, dándole aplicación al Art. 32 del C. Penal, tampoco puede prosperar, por cuanto al dar aplicación a aquellas disposiciones se desconocería el veredicto dado por el Consejo de Guerra, que es la base de la sentencia, incurriéndose así en un desacuerdo entre dicho veredicto y la sentencia que tal cosa hiciera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del Procurador de las Fuerzas Armadas, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar el 31 de enero de 1964, a que se ha hecho referencia anteriormente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León, L., Secretario.

Estafa. — Valoración de la prueba indiciaria. — Causal segunda de casación. — La demanda contra la sentencia de segunda instancia, debe examinar exactamente los elementos probatorios que aceptó y apreció el fallador.

1. En la apreciación de los indicios —ha dicho la Corte— el juzgador de instancia goza de un prudente y necesario arbitrio, tan sólo limitado por la comisión de errores ostensibles o evidentes.

2. Una simple disparidad de criterios entre el fallo impugnado y quien lo acusa, con respecto a la apreciación de la prueba, no constituye presupuesto sólido para que prospere la causal segunda de casación.

3. Los hechos indiciarios no se pueden separar para atacarlos aisladamente, como lo ha hecho el actor, sino que es preciso relacionarlos en forma integral para deducir de su conjunto si existe o no el hecho que se pretende averiguar. Esto último fue lo que hizo el fallador de segundo grado, tomando en cuenta sin duda el valor que la ley y la doctrina reconocen a la pluralidad de pruebas incompletas para formar la convicción. En la valoración de la prueba indiciaria —ha expresado esta Sala de manera reiterada— el juzgador no debe considerar aisladamente cada hecho, con independencia absoluta los unos de los otros, pues su resultado, para los fines del proceso, no se obtiene sino por la coordinación de los indicios entre sí, y por la relación de dependencia que éstos ofrecen para llegar a la comprobación del hecho que se trata de demostrar.

4. No debe olvidarse que habiéndose alegado como motivo de casación la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, el actor estaba obligado a examinar todos los elementos de convicción de que se valió el juzgador de segunda instancia para adoptar sus conclusiones sobre el cuerpo del delito y la responsabilidad del procesado, porque la verdad de los hechos y las consiguientes deducciones jurídicas no las obtiene el Juez de un sector probatorio sino de la masa de pruebas que obran en el proceso. Tal ha sido la doctrina constante de la Corte sobre el particular. En fallo de 6 de febrero de 1953, por ejemplo, se dijo: "... si la sentencia es una resultante o consecuencia de premisas fundadas en los hechos y de las consiguientes apreciaciones jurídicas, síguese de allí que la demanda contra ella debe examinar exactamente los elementos probatorios que aceptó y apreció el fallador. Sólo así se tendrá la visión de conjunto que tuvo éste para sustentar el fallo".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintisiete de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco. (Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Ramón Eduardo López Mazo contra la sentencia del diez y nueve de julio de mil novecientos sesenta y tres, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín lo condenó a la pena principal de cinco (5) años de prisión, como responsable del delito de estafa.

Antecedentes

Los hechos que originaron el proceso han sido narrados por las instancias en la siguiente forma:

"1º El 17 de agosto de 1962 procedentes de 'La Palmera', en el Departamento de Santander del Sur, con un cargamento de tabaco para la Compañía Colombiana de Taba-

co, con el camión-jaula de placas números B-5117, arribaron a esta ciudad (Medellín) los señores Laureano Mejía Gómez y Jesús Lizarazo Angel, este último condueño del mencionado vehículo. La mercancía fue entregada a su destinatario. Al día siguiente, 18 de agosto, con una autorización de la empresa de transportes 'Rafael Salazar & Cía. Ltda.', aquéllos se trasladaron con dicho camión a la población de Bello. Así fue como en la empresa 'Fabricato' lo cargaron con sesenta y tres bultos de telas de varias clases, con el fin de trasladarlos al Ministerio de Guerra, a la Policía Nacional y a la firma 'Abbio', a Bogotá. Realizada esta labor, Mejía y Lizarazo regresaron a Medellín. Y a eso de las seis de la tarde de la fecha antes indicada, estacionaron el vehículo en el parqueadero de la estación de servicio denominada 'Texaco Número Dos', ubicada en la calle de Los Huesos. Allí dejaron dicho aparato bajo la custodia de los encargados de la mencionada estación, para retirarlo al día siguiente, cuando emprenderían viaje a Bogotá.

"Lo anterior se comprueba plenamente con las declaraciones de Jesús Lizarazo Angel (Fls. 1º y 31 v.), Víctor Manuel Bedoya (Fl. 17), Joaquín Emilio Vásquez Mazo (Fl. 21), y Laureano Mejía Gómez (Fl. 24 v.). El primero y el último, conductores del camión, y los otros dos, empleados de la estación de servicio de que se hizo mérito, como expendedor de combustible el segundo y como celador el tercero. Lo relativo al cargamento se comprueba además con las cartas de transportes que obran a folios 8-15.

"2º La noche comprendida entre el 18 y el 19 de agosto de 1962, un sujeto no identificado se presentó a la nombrada estación con la boleta que obra a folio 7, y que a la letra dice: 'Señor guachimán. Bomba Texaco. Favor entregar camión 51-17. Al portador. Fermín Copete". Con base en esta autorización, el celador Joaquín Emilio Vásquez Mazo entregó al portador de dicha boleta el vehículo en mención, el mismo que habían dejado guardado Laureano Mejía Gómez y Jesús Lizarazo Angel, y en el cual se hallaba el cargamento de telas ya citado.

"Lo anterior se comprueba hasta la saciedad con las declaraciones de Víctor Manuel Bedoya (Fl. 17 v., 130 v. y 200 v.) y de Joaquín Emilio Vásquez Mazo (Fls. 21, 129 v. y 201).

"3º Posteriormente, en las primeras horas de la madrugada del 19 de agosto, Vicente Gil y otro sujeto no identificado, arribaron con el camión de Lizarazo al taller de Juan Jesús Restrepo Betancur, en donde Gil había tomado una pieza en arrendamiento el día anterior. Allí fueron descargados los sesenta y tres bultos de tela. Los mismos sujetos que llevaron dicho cargamento al mencionado taller, se dirigieron luego por la autopista del sur. Su paso por el retén de Caldas fue controlado por los agentes de Policía que prestaban servicio en ese lugar. Finalmente, a cuatro kilómetros del municipio de Santa Bárbara abandonaron el vehículo, en donde fue encontrado el mismo 19 de agosto.

"Lo expuesto en el párrafo anterior está plenamente comprobado por medio de los informes de folios 36, 137 y 160, el documento cuya fotocopia aparece a folio 222 y las declaraciones de Joaquín de Jesús Restrepo Muñoz, visibles a folios 41, 94 v., 117, 146 y 209.

"4º El 25 de agosto de 1962, en el taller de Juan de Jesús Restrepo Betancur, los agentes de la Inspección General Municipal de Policía de esta ciudad decomisaron sesenta de los sesenta y tres bultos de la mercancía tantas veces mencionada. Esto se comprueba con el informe de folios 36-37. Y, según el informe de folios 62-63, suscrito por los mismos agentes, el 29 de agosto de dicho año, en la residencia de Sofía Pastor Escobar, ubicada en la fracción de la América, calle 42, distinguida con el número 88-79, fueron decomisados dos paquetes de tela pertenecientes al cargamento que se había remitido para Bogotá. Estos paquetes los había llevado a dicho lugar el señor José Alberto Pastor Escobar a petición de la señora Atala Villegas Guzmán de López, quien los tenía en la casa de su hermana Silvia Villegas en el Municipio de Itagüí. La totalidad de la mercancía decomisada fue identificada plenamente como parte de la misma sustraida por medio de expertos en esta materia, como puede verse a folios 123-124.

"La totalidad de la mercancía que se había cargado en el camión de Lizarazo, en

'Fabricato', fue avaluada por peritos en la suma de $ 197.565.68, como puede verse a folios 164-165. En tal avalúo se incluyó el camión de Lizarazo. La totalidad de las telas decomisadas fueron entregadas a la empresa de transportes 'Rafael Salazar & Cía. Ltda.', según la diligencia de folio 165 v. El vehículo, por orden del citado Lizarazo, fue entregado en depósito al señor Florentino Gómez, tal como se comprueba a folio 169".

Con fundamento en denuncia presentada por Jesús Lizarazo Angel, la Inspección Primera Departamental de Policía de Medellín abrió la investigación correspondiente. Tramitado el proceso conforme a las normas del Decreto 0014 de 1955, el Juzgado Tercero Superior de la ciudad nombrada puso término a la primera instancia mediante sentencia del diez y siete de junio de mil novecientos sesenta y tres, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"1º Se condena a **Ramón Eduardo López Mazo**, de las condiciones civiles anotadas en la parte motiva, a la pena principal privativa de la libertad de **cinco años de prisión**, que descontará en el establecimiento carcelario que determine la Dirección General de Prisiones, como partícipe principal y necesario del delito de **"de la estafa"**, en cuantía de ciento noventa y siete mil quinientos sesenta y cinco pesos con sesenta y ocho centavos ($ 197.565.68), cargo que le fue formulado en el auto de detención preventiva, cometido contra la propiedad del señor Jesús Lizarazo Angel y la empresa de transportes "Rafael Salazar & Cía. Ltda", y ocurrido la noche comprendida entre el 18 y 19 de agosto de 1962, en el parqueadero de la estación de servicio de gasolina denominada "Texaco Número Dos", de esta ciudad.

"2º Se condena al mismo **Ramón Eduardo López Mazo**, de las condiciones civiles anotadas en la parte motiva, a pagar en favor del Tesoro Nacional una multa por valor de mil pesos; a la indemnización de los perjuicios ocasionados con su infracción, previa la acción civil correspondiente, y a las siguientes penas accesorias: a la suspensión de la patria potestad durante un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad; a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término; a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, si los tuviere; y a la publicación especial de la sentencia.

"3º Al condenado se le abonará, como parte cumplida de la pena, el tiempo que haya estado en detención preventiva por razón de este proceso.

"4º Por hallarse plenamente demostrada su inocencia, se absuelve a cada uno de los señores Víctor Manuel Bedoya, Joaquín Emilio Vásquez Mazo, Laureano Mejía Gómez, Jesús Lizarazo Angel y Guillermo Antonio García, de las condiciones civiles anotadas en sus respectivas indagatorias, por el delito de "De la estafa", hecho por el cual fueron indagatoriados en este proceso y cometido en las circunstancias de lugar y tiempo expuestas en el ordinal 1º de esta providencia.

"5º Por falta de prueba de su responsabilidad penal, se absuelve a cada uno de los señores Juan de Jesús Restrepo Betancur, Gustavo Montoya Suárez, José Alberto Pastor Escobar y Atala Villegas Guzmán de López, de las condiciones civiles anotadas en sus respectivas indagatorias, por el delito de "De la estafa", hecho por el cual fueron indagatoriados en este proceso y cometido en las circunstancias de lugar, tiempo y modo expuestas en el ordinal 1º de esta providencia.

"6º Por falta de prueba de su identidad, se absuelve al sindicado ausente **Vicente Gil**, por el delito "De la estafa", hecho por el cual fue vinculado a este proceso y cometido en las circunstancias de lugar, tiempo y modo expuestas en el ordinal 1º de esta providencia.

"7º Se dispone compulsar las copias de que se hizo mención en la parte motiva, las cuales se remitirán a los despachos competentes para su investigación y fallo.

"8º Los objetos decomisados y entregados en depósito se dejan definitivamente en poder de sus respectivos depositarios, con la advertencia de que Florentino Gómez debe entregar el camión que recibió en depósito al señor Jesús Lizarazo Angel".

El Tribunal, al conocer de la referida sentencia por el doble motivo de apelación y consulta, la confirmó en todas sus partes.

Demanda de casación

La acusación al fallo recurrido se formula con fundamento en las causales segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, invocada ésta como consecuencia de aquélla.

Causal segunda

En el capítulo dedicado a sustentarla, el actor, después de transcribir el texto de la causal aducida y de expresar algunas consideraciones generales sobre su contenido y alcance, reproduce fragmentariamente aquellos pasos de la sentencia de primer grado referentes a los hechos demostrativos del cuerpo del delito a que se contrajo el juicio y de la responsabilidad penal del procesado. Sentadas tales bases, la acusación se desenvuelve en los siguientes términos:

"Se sitúa así al reo Ramón Eduardo López Mazo en calidad de autor del delito 'De la Estafa', a que se contrae el artículo 408 del C. P., en armonía con el 19 de la misma obra, es decir, se le responsabiliza por haber tomado parte en la ejecución del ilícito.

"Tipificándose el delito por la inducción en error por medio de artificios o engaños, por la lesión de un bien patrimonial y por la obtención de un provecho ilícito, López Mazo, de acuerdo con el fallo debatido, cubrió todo el derrotero que señala la ley para declarar la culpabilidad por un hecho semejante.

'Pero ocurre, H. señor Magistrado, que el artificio o engaño de que se valiera quien reclamó en la bomba 'Texaco Número Dos', el vehículo cargado con las telas, materializando al parecer en la boleta que obra a folios 7 del expediente, no es ni siquiera imputable al reo, ya que no existe prueba que lo demuestre en ninguna forma.

"La existencia física del papel que autorizaba la entrega y que él fue llevado por el defraudador, se conoce apenas por el testimonio del celador. En realidad, éste fue el medio para obtener la entrega? Además, ni siquiera se examinaron los grafismos de la boleta para tratar de descubrir el autor material del precario documento. Quizá ello hubiera dado luces y orientado la investigación por senderos más firmes. Pero nunca se hizo, dejando al descubierto flancos de gran interés para encontrar la verdad. De todas maneras, Ramón Eduardo López no aparece, ni como el autor del escrito, ni como la persona que lo exhibió ante el celador Vásquez Mazo.

"Por lo demás, semejante intervención en el 'iter' del reato, con relación a López Mazo, no puede inferirse o deducirse de las diferentes pruebas que lo vinculan con la mercancía, después de que estuvo depositada en el taller de Restrepo Betancur.

"Los hechos aducidos en la sentencia y que consisten, a) En que López Mazo conocía perfectamente el taller de Restrepo Betancur y por eso sabía que allí había una pieza desocupada; b) Que la noche de los hechos pasó en su automóvil por el retén de Caldas, por donde había pasado el camión-jaula; c) Que fue tres días después de haber sido depositada la mercancía en el taller de Restrepo Betancur y sacó unas piezas de liencillo blanco, que luego fueron a parar, llevadas por el mismo a la casa de su cuñada Silvia Villegas Guzmán y posteriormente trasladadas por orden de su esposa a la casa de Sofía Pastor Escobar, cuando el procesado ya estaba detenido, todos estos hechos no tienen, no puede tener, la eficiencia probatoria para evidenciar que Ramón Eduardo López Mazo fue quien indujo en error al celador de la Bomba 'Texaco Número Dos' para apoderarse del cargamento.

"Las pruebas, de acuerdo con el C. de P. P., en los procesos penales, se apreciarán por su estimación legal. Cabría preguntar, entonces, qué estimación legal se les puede atribuir a las pruebas que sustentan el fallo condenatorio para comprobar la inducción en error que hubiera realizado López Mazo? En virtud de qué consecuencias jurídico-probatorias, de hechos que hacen relación a los objetos sustraídos sí, pero no a la actividad engañadora, se pueden derivar o conseguir pruebas eficaces, legalmente aceptables, que señalen al condenado como el autor de las maquinaciones fraudulentas que propiciaron la entrega del vehículo?

"A lo más que pudiera aspirarse en este camino de encontrar a toda costa la participación principal que pretende atribuírsele a Ramón López en la sentencia, sería a tener las pruebas a que se ha hecho referen-

cia, como un indicio, que en ningún caso sería necesario, ni constituiría la plena prueba de su actividad como autor o partícipe de la estafa. En efecto:

"Del conocimiento que tenía del taller de **Restrepo Betancur** y de la pieza desocupada, ¿podrá inferirse o deducirse que él hubiera realizado el engaño? ¿O acaso por haber transitado por la misma carretera por donde pasó el camión, se desprende que él fue el autor de la maniobra engañosa? ¿O por ventura, el haber sacado del depósito a donde habían llevado la mercancía algunas piezas —actividad que entraña algún nexo con el delito o con el aprovechamiento posterior del mismo— significa que fue él quien consumó el delito tipificado en la norma como estafa? ¿O quizá por haber llevado el liencillo a su cuñada para la fabricación de unas sábanas, se demuestra su participación, en calidad de autor del 'estelionato'? ¿O las mentiras que dijo en su primera indagatoria y su conducta anterior con respecto a delitos contra la propiedad autorizan para señalarlo como la persona que indujo en error a **Joaquín Emilio Vásquez Mazo**?

"No, H. señor Magistrado, todos estos hechos, que constituyen hitos de una actividad que pueden tener relación con el resultado material de la conducta ilícita desplegada por los que se llevaron el camión cargado de mercancías, son equívocos, relativos e inseguros para probar con certeza o siquiera con mediana seguridad que, en virtud de ellos, **Ramón Eduardo López Mazo** fue el autor de la estafa, como lo predica el fallo condenatorio".

La argumentación se reitera en el fondo, aunque con léxico distinto, en los párrafos subsiguientes del referido capítulo, de todo lo cual concluye el actor que la sentencia acusada incurrió en "un evidente error de hecho en la apreciación de las pruebas", infringiéndose, consecuentemente, el artículo 408 del C. P.

Causal primera

Violación de la ley penal

Al amparo de esta causal sostiene el demandante que el error en la apreciación de las pruebas no solo condujo al quebrantamiento del citado artículo 408 del C. P., sino que también se violó el artículo 19 de la misma obra al ubicar dentro de esta norma la "actividad delictiva" de López Mazo.

"En realidad —dice el recurrente en párrafo que resume su pensamiento sobre el particular— tal coautoría no aparece demostrada por ninguna de las pruebas que contiene el voluminoso expediente, y hablar de ello es un flagrante error que conduce, imprescindiblemente, a una violación de la ley, por indebida aplicación de la misma. El coautor, —que es autor con otro u otros—, es el que ejecuta el delito, el que lo realiza, el que lleva a término la actividad prohibida por la norma penal".

Concluye la demanda con la petición de que se acepten como justificadas las causales aducidas contra el fallo acusado y que, en consecuencia, se dicte el que deba reemplazarlo.

Respuesta del Ministerio Público

Al exponer su criterio sobre la acusación el Procurador Segundo Delegado en lo Penal examina a espacio la prueba en que se fundó la sentencia condenatoria recurrida. Y apoyado en tal análisis, expresa: "Todos estos hechos indiciarios, que constituyen una verdadera cadena demostrativa de la responsabilidad de López Mazo, obligan a concluir que éste participó en forma principal y necesaria en la ejecución de los hechos delictuosos de que trata este proceso".

Agrega el Procurador que la demanda se limita a hacer un caprichoso e incompleto examen del material probatorio a que se contraen los autos, "sin lograr la demostración de un protuberante error, —para el caso inexistente—, y oponiendo, apenas, un criterio, al muy respetable y sólido del fallador de segundo grado". Observa en seguida, concretando su opinión:

"El libelo presentado a manera de demanda es, —en criterio de este Despacho— un típico alegato de instancia, carente de las formalidades rigurosas que técnicamente se exigen para una bien lograda demanda de casación.

"López Mazo, sin lugar a dudas, se hizo incurso en el ilícito y la sanción prevista en el Art. 408 del C. P., dentro de la situación que contempla el Art. 19 del estatuto represivo".

En síntesis, el Ministerio Público no encuentra justificadas las causales propuestas, y por ello pide a la Corte que deseche el recurso y ordene devolver el expediente al Tribunal de origen.

Se considera

1. Para afirmar la responsabilidad penal de Ramón Eduardo López Mazo como copartícipe en el delito de estafa por el cual fue juzgado en este proceso, la sentencia acusada, prohijando la de primera instancia, se fundó en los siguientes hechos, plenamente demostrados:

a) López Mazo conocía a Vicente Gil, el sujeto que el 18 de agosto de 1962 había tomado en arrendamiento una pieza en el taller de Juan de Jesús Restrepo Betancur; b) También conocía López Mazo el referido taller; c) La madrugada en que se perpetró el delito López Mazo pasó en su automóvil particular por el retén de Caldas poco después de haber pasado por allí el camión de placas números B-5117, o sea el mismo cuya mercancía habían descargado momentos antes Vicente Gil y un sujeto no identificado en el taller de José de Jesús Restrepo; d) López Mazo tenía la llave de la pieza donde se guardaban los sesenta y tres bultos de telas; e) De allí sacó sigilosamente, en horas nocturnas, una cantidad considerable de esas telas, que posteriormente fueron halladas en poder de una cuñada suya; f) Amenazó de muerte a Restrepo Muñoz, celador del taller, para que no "cantara", vale decir, para que guardara silencio en torno al retiro subrepticio de la referida mercancía; g) No haber dado explicación satisfactoria sobre la adquisición de las telas que se le decomisaron; h) Haber mentido sistemáticamente, en sus diferentes indagatorias y careos; i) Haber sido sindicado varias veces de delitos contra la propiedad.

2. En la apreciación de los indicios —ha dicho la Corte— el juzgador de instancia goza de un prudente y necesario arbitrio, tan sólo limitado por la comisión de errores ostensibles o evidentes. En el presente caso el Tribunal concatena una serie de hechos o circunstancias plenamente demostrados que, en virtud de las relaciones derivadas de la naturaleza de las cosas, le permiten inferir la coparticipación de López Mazo en el delito de estafa investigado. Y, ciertamente, en la sentencia acusada no se descubre aquella equivocación manifiesta en virtud de la cual, quebrantando los principios lógicos del raciocinio, haya llegado el sentenciador a conclusiones reñidas con la realidad probatoria del proceso. Una simple disparidad de criterios entre el fallo impugnado y quien lo acusa, con respecto a la apreciación de la prueba, no constituye presupuesto sólido para que prospere la causal segunda de casación.

3. Los hechos indiciarios no se pueden separar para atacarlos aisladamente, como lo ha hecho el actor, sino que es preciso relacionarlos en forma integral para deducir de su conjunto si existe o no el hecho que se pretende averiguar. Esto último fue lo que hizo el fallador de segundo grado, tomando en cuenta sin duda el valor que la ley y la doctrina reconocen a la pluralidad de pruebas incompletas para formar la convicción. En la valoración de la prueba indiciaria —ha expresado esta Sala de manera reiterada— el juzgador no debe considerar aisladamente cada hecho, con independencia absoluta los unos de los otros, pues su resultado, para los fines del proceso, no se obtiene sino por la coordinación de los indicios entre sí, y por la relación de dependencia que éstos ofrecen para llegar a la comprobación del hecho que se trata de demostrar.

4. De otro lado, no debe olvidarse que habiéndose alegado como motivo de casación la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, el actor estaba obligado a examinar todos los elementos de convicción de que se valió el juzgador de segunda instancia para adoptar sus conclusiones sobre el cuerpo del delito y la responsabilidad del procesado, porque la verdad de los hechos y las consiguientes deducciones jurídicas no las obtiene el Juez de un sector probatorio sino de la masa de pruebas que obran en el proceso. Tal ha sido la doctrina constante de la Corte sobre el particular. En fallo del 6 de febrero de 1963, por ejemplo, se dijo: "...si la sentencia es una resultante o consecuencia de premisas fundadas en los hechos y de las consiguientes apreciaciones jurídicas, sí-

guese de allí que la demanda contra ella debe examinar exactamente los elementos probatorios que aceptó y apreció el fallador. Sólo así se tendrá la visión de conjunto que tuvo éste para sustentar el fallo".

5. Omitida la réplica a todos los elementos de juicio utilizados por el Tribunal para sustentar la condena de López Mazo, y no habiendo demostrado el demandante que aquella Corporación incurrió en grave error al apreciar la prueba, es preciso concluir que la causal segunda de casación, invocada como principal, no puede prosperar. Se repite que la Corte ha sido explícita y constante al sostener la doctrina aquí expuesta. Así, sintetizando lo ya dicho sobre el tema en numerosas oportunidades, expresó en fallo del 4 de febrero de 1963: "...para que el recurso de casación prospere con base en esta causal (la segunda), es necesario que el Tribunal que haya dictado la sentencia, cuya invalidación se solicita, haya incurrido en error evidente, de gran claridad, en forma tal que, al interpretar la prueba, se aparte de la lógica más elemental para aceptar contenidos que, en realidad, no tiene".

Rechazada la causal segunda, igual suerte corresponde a la primera, invocada en el presente caso como consecuencia lógica de aquélla.

Decisión

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia acusada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la **Gaceta Judicial.**

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario.

FALSEDAD Y ESTAFA

Falsedad en instrumentos negociables dentro de la modalidad de fingimiento de firma. — Alcance del Ord. 1º del Art. 231 del C. Penal. — El instrumento público y el instrumento negociable dentro de la esfera de la protección penal. — Integración de los delitos de falsedad y estafa. — Causales 2ª, 1ª y 4ª de casación.

1. La falsedad en instrumentos negociables, dentro de la modalidad de fingimiento de firma, no requiere imitación, sino una apariencia al respecto, capaz de producir engaño, como en el caso de autos, en persona de buen juicio. "Así, para considerar falsa una letra de cambio u otro instrumento negociable, no se debe exigir —dice Romero Soto comentando el ordinal 1º del artículo 231 del C. Penal— que la firma puesta en él tenga los mismos caracteres caligráficos de la verdadera. Esto sería restringir el alcance de la norma legal, recortando su contenido, ya que éste en forma bien clara, se refiere tanto a los casos en que se imita como aquéllos en que se finge la firma". (Romero Soto, Falsedad Documental, Pág. 178).

En materia penal los hechos han de juzgarse, no en abstracto, sino en concreto, conforme a la realidad que exhiben dentro del proceso respectivo.

2. El instrumento público y el instrumento negociable, en cuanto a autenticidad se refiere, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1758 del C. Civil, y 4º de la Ley 46 de 1923, tiene una misma categoría, lo que de suyo hace exigible, en rigor lógico, un mismo tratamiento dentro de la esfera de la protección penal.

Esa equiparación en la esfera indicada, la consagró el artículo 253 del C. Penal, según fluye de su propia letra, clara al respecto y recogida en ese único sentido a través de reiterada jurisprudencia de la Corte, fenómeno que se explica porque los instrumentos negociables, como también esta Corporación lo ha observado, "son de una importancia excepcional en las relaciones comerciales para la facilidad, rapidez y seguridad de las transacciones, a tal punto que casi se les mira como una especie de papel moneda. De ahí que el legislador haya querido proteger especialmente esa clase de papeles de comercio, sancionando de manera más enérgica su falsedad y colocándose al lado de los instrumentos públicos".

La predicha equiparación quoad delicta y no apenas quoad poenam hacen que las falsedades en instrumentos negociables participen del carácter formal que tienen esos delitos cometidos en instrumentos públicos, en los cuales, como lo enseña Carrara "el daño potencial basta para su consumación, precisamente porque en la simple acción del delincuente, aunque no vaya seguida por el efecto que aquél quería obtener, se configure una violación ya ocurrida del derecho, y así, la perfecta infracción de la ley", concepto en el que recalca Soler, advirtiendo que no es que se trate de plantear la idea de un delito "sin que cause una lesión", sino a que a veces, "no sólo se prohibe la violación efectiva de un derecho subjetivo concreto, sino también el mero hecho de ponerlo en peligro mediante determinadas acciones, que se juzgan necesariamente peligrosas en abstracto, e independientemente de la efectiva existencia de un daño real". (Carrara, Programa, parágrafo 97. Soler, Derecho Penal, Tomo I, Págs. 277 y 278).

El delito de falsedad, acorde con estos principios, en el caso de autos, alcanzó su meta consumativa, sin absorber la estafa, cuya consumación se produjo al hacer efectivo el cheque, ni ser absorbido por ésta, en el momento en que, con intención dolosa, se fingió al dorso del instrumento la firma de Rivera Giraldo.

Los delitos obran en concurso material, porque ellos, aunque enlazados en sus fines de lucro indebido, se integran a través de pluralidad de acciones y de propósitos, lesionando, el de falsedad, la fe pública, y el de estafa, la propiedad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre 5 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 Eduardo Echeverri Villegas contra la sentencia del 8 de febrero del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales lo condenó, como responsable de los delitos de "falsedad y estafa", a la pena de "cuatro años y seis meses de presidio", lo mismo que a las accesorias consiguientes.

Relación de antecedentes

Los hechos que determinaron la vocación a juicio del abogado Echeverri Villegas, en razón de los delitos de falsedad y estafa, acordada en los autos del 14 de marzo y 9 de julio del año pasado, proferidos, respectivamente, por el Juzgado 1º Superior de Manizales y el Tribunal de la misma ciudad, y más tarde su referida condenación, impuesta en las sentencias del 11 de septiembre del citado año y del 8 de febrero del que corre, dictadas también por las expresadas entidades, radican en que en los juicios laborales, promovidos en el Juzgado Civil del Circuito de Salamina por Efraín Díaz y Emilio Gallego contra Javier Echeverri Mejía, hizo creer a éste, como apoderado suyo, que esos negocios, aún no fallados en el momento del engaño, los había perdido y que, por tanto, lo obligaban a pagar $ 3.000.00, por lo que, de esa suerte, Echeverri Mejía, convencido de ello, con fecha 23 de agosto de 1963, giró esa cantidad, por conducto de su hijo Javier Echeverri Gómez, en un cheque a favor, como lo requirió el procesado, del doctor Luis Rivera Giraldo, abogado de los demandantes, el cual le fue entregado a Echeverri Villegas, quien luego de simular en él la firma del beneficiario y de estamparle la suya, lo consignó, con fecha 28 del mismo indicado mes, en la cuenta corriente que tenía su cónyuge en la sucursal del Banco Cafetero de Salamina, forma en que lo hizo efectivo en su particular provecho.

La demanda de casación

En la demanda el recurrente invoca, por conducto de su apoderado, las causales de casación de los ordinales 2º, 1º y 4º del artículo 567 del C. de P. Penal.

Causal segunda

Con apoyo en esta causal se pretende que en la sentencia acusada, por errada "valoración" de "las pruebas aportadas al proceso" y de sus lógicas consecuencias, se acogieron como plenamente demostrados, en orden a su configuración material y también a la responsabilidad, los delitos imputados, cuando esa prueba, en rigor, no acredita ninguno de "los elementos constitutivos" de ellos, lo que quiere decir que se le dio "un valor que no tiene".

En la fundamentación de esta tesis se reseña la versión que emerge de las aserciones de Echeverri Mejía y de Echeverri Gómez, cuyo contenido está de acuerdo con lo que se expuso, en torno a los hechos, en la relación de antecedentes, y luego la que entregó el procesado en su indagatoria.

En esa indagatoria, rendida el 12 de noviembre de 1963, Echeverri Villegas manifiesta que, solicitado al respecto, asumió la representación de Echeverri Mejía dentro de los juicios laborales que le iniciaron en el aludido Juzgado, por cerca de $ 14.000.00 cada uno, los predichos Díaz y Gallego y que como en un momento dado se diera cuenta de que en ninguno de ellos se había "aportado prueba alguna" que justificara el derecho reclamado, celebradas "las audiencias de conciliación", llamó a su patrocinado a efecto de arreglar los aún no pactados

honorarios, conviniéndolos, siempre que esos negocios se ganaran, en $ 3.000.00, partida que, obligado a devolver en caso de no cumplirse la condición, le giró aquél, por conducto de su hijo Echeverri Gómez, el citado 23 de agosto, mediante un cheque postdatado a favor del doctor Luis Rivera Giraldo, abogado de los demandantes, el cual, por ser suyo, consignó el 28 del mismo mes en la cuenta de su cónyuge en el expresado Banco, no sin antes "ponerle", como allí se lo exigieron, "el nombre del beneficiario", "no la firma", requisito que, en realidad, no era necesario, en fuerza de que el cheque también aparecía girado "al portador", relato al que agrega que días después, ya conocido el fallo absolutorio en los juicios a su cuidado, volvió a tratar de los honorarios con Echeverri Mejía, quien lo previno entonces acerca de que no le pagaría los $ 3.000.00 acordados mientras no entregara al doctor Rivera Giraldo el valor del cheque, lo que, conforme a esa "autorización", llevó a cabo, según recibo auténtico que se permite presentar.

De estas versiones, en sentir del recurrente, la primera, sostenida por Echeverri Mejía y Echeverri Gómez, que responden a "un solo interés" y se conforman a "una especie de confabulación afectiva", que los obliga a sostener iguales cosas, en "sometimiento al mismo propósito", carece de apoyo en el proceso, en tanto que la segunda encuentra confirmación en el recibo, de fecha 31 de octubre, que adujo el acusado en el acto de su indagatoria, donde aparece que cubrió al doctor Rivera Giraldo los $ 3.000.00 del especificado instrumento, y en el testimonio de éste cuando dice que esa conducta la asumió Echeverri Villegas con el fin de cancelarle "una obligación originada precisamente en el chequé que inicialmente fue girado a mi favor", puesto que de esas pruebas se desprende que, en realidad, existió el pacto de honorarios dentro de las condiciones que plantea el procesado, hecho que también refrenda la circunstancia de que Echeverri Villegas hubiera consignado el cheque el 28 de agosto, fecha en que los juicios se fallaron en primera instancia absolviendo al demandado Echeverri Mejía.

La versión, de otro lado, en cuanto a la colocación del nombre del doctor Rivera Giraldo al dorso del cheque y a la buena fe del procesado al respecto, halla respaldo en el hecho de que aquél era suyo y estaba girado al portador, circunstancia que lo hacía negociable mediante "la simple entrega, sin necesidad de endoso", como lo conceptuó la Superintendencia Bancaria en su comunicación del 15 de enero del año pasado.

El recurrente, después de estas "observaciones", como llama los comentarios críticos que se dejan compendiados, entra a examinar, en particular, cada uno de los elementos constitutivos de los dos delitos de la condena, pretendiendo que ninguno de ellos se encuentra debidamente comprobado, tarea que emprende comenzando con los que son propios de la estafa y que termina con los que corresponden a la falsedad.

Del "artificio o engaño", que es el primer elemento de la estafa y que en el caso de autos se hace consistir en que el procesado hizo creer a Echeverri Mejía, cuando todavía no se habían fallado, que los juicios en que llevaba su representación los había perdido y que, en consecuencia, lo obligaban a pagar $ 3.000.00, manifiesta que no está "demostrado con la plenitud que exige el derecho", puesto que a ese respecto sólo se dispone de la prueba generada en los asertos del mencionado Echeverri y de su hijo Echeverri Gómez, "prueba incompleta e insuficiente", la cual, dentro de esas condiciones, como es obvio, inhabilita para condenar, con mayor razón, desde luego, si se tiene en cuenta, de otro lado, que Echeverri Villegas negó "que hubiese recurrido a tal artificio" y dio "una explicación" que mientras no se desvirtúe "debe tenerse como cierta".

En cuanto al segundo elemento de la estafa, referido a la inducción en error", sostiene que "tampoco hay prueba plena", porque a más de no estar demostrado, como lo recaba y se dejó indicado, el engaño generador de esa supuesta situación, resulta inaceptable pretender darle a la sola "afirmación del abogado" acusado, respecto de que "los pleitos se habían perdido", desprovista de cualquier exteriorización objetiva, los alcances necesarios y la entidad suficiente para integrar el elemento especificado.

En torno al tercer elemento del delito debatido, expresado en la "obtención de un

provecho ilícito", luego de observar que en la sentencia no están señalados "los medios probatorios" que lo acrediten, aduce que Echeverri Villegas "al saber que los pleitos" se habían ganado, "tomó para sí", acorde con la condición relativa a los honorarios, los $ 3.000.00 pesos del cheque, circunstancia que excluye "la obtención de un provecho ilícito", proclamando, en cambio, que hizo "suyo lo que le pertenecía".

Con relación al "perjuicio ajeno", que es el cuarto y último elemento de la estafa, afirma que la sentencia "prescinde de toda prueba", limitándose a deducir la existencia de ese factor, sobre la base de una "mera sospecha moral", del hecho de que el procesado hubiera consignado el cheque de los $ 3.000.00 en la cuenta de su cónyuge, consignación que sólo estando demostrada en su "antijuridicidad" podría tener significado en el referido particular.

El recurrente comenta los elementos de la falsedad sólo en relación con el hecho, atribuido al procesado, de haber puesto al dorso del cheque "el nombre del beneficiario", como lo dice, "no la firma", accediendo al requerimiento que le hicieron al respecto en el Banco.

De esta suerte sostiene que Echeverri Villegas no sometió a contrafacción la firma del doctor Luis Rivera Giraldo, entendido el término en su acepción jurídica, como lo enseñan los expositores, de "imitar, remedar una cosa en forma tan parecida a otra, que sea difícil notar la diferencia entre ellas", porque no dispuso de modelo para hacerlo, ni los "grafismos" de la rúbrica auténtica de aquél guardan semejanza con los del nombre estampado en el cheque.

Tampoco fingió la referida firma, en el sentido de darle "existencia ideal", puesto que en ese evento habría sido necesaria la intención dolosa, "la voluntad consciente dirigida a la producción de un resultado antijurídico", el cual, en el caso de autos, no podía ser sino el "de defraudar", fenómeno sobre el que no "hay prueba".

De otro lado, el "hecho de haber estampado el nombre" del doctor Rivera Giraldo en el reverso del cheque resultó de absoluta "inocuidad", porque el estar girado "al portador" le daba a Echeverri Villegas la calidad de "endosatario" y con ella el derecho a cobrarlo sin el lleno de aquel requisito que el Banco le exigió.

El demandante, finalmente, luego de observar que el "estudio de la falsedad no puede hacerse sin tener en cuenta las razones" que expone con relación a la estafa, consigna, a modo de síntesis de su argumentación en torno al primero de los expresados dos delitos, lo que sigue:

"...el acto objetivo de estampar el nombre no constituye delito, si no hay la intención de fraude; y si no hay, como no lo hay, principio alguno de prueba de que el doctor Echeverri tuvo la intención de apropiarse de lo que no se le debía, desaparece toda posibilidad de imputar falsedad por ausencia de la prueba del elemento dolo, que habría que sacarlo de una estafa; pero esta infracción carece de prueba".

Causal primera

Al amparo de esta causal, aducida en el carácter de "subsidiaria" de la 2ª, el actor sostiene que la sentencia es violatoria, por "indebida aplicación", de la ley penal, puesto que, conforme a su planteamiento, Echeverri Villegas, de haber incurrido en delito, sólo podría ser en el de estafa y no también en el de falsedad, como se proclama en ese fallo, acordado sobre la base de esas dos ilicitudes en concurso material.

En la fundamentación de esta tesis el impugnador, partiendo de que, en su entender, el artículo 233 del Código Penal no asimila "a documentos públicos los instrumentos negociables", sino que "se limita a decir" que en ellos, dentro de su condición de privados, "se pueden cometer las falsedades enumeradas en el artículo 231" de la misma obra, arguye que, de existir estafa, "el cobro del cheque", en sí mismo "obtenido por medios engañosos", previa simulación de "la firma" del doctor Rivera Giraldo, vendría a constituir "la operación complementaria" en el proceso consumativo de aquel delito, logrado a través de "una acción compleja", de la que, sin embargo, "no se desprende que pueda configurarse" otro distinto.

Causal cuarta

En la esfera de esta causal, alegada "como complementaria" de la 1ª, el demandante sostiene que la sentencia es "violatoria de la ley procedimental", en fuerza de haberse pronunciado "en un juicio viciado de nulidad", cuestión que resulta evidente de aceptarse la tesis allí expuesta, relativa a la existencia sólo del delito de estafa, porque en ese evento, dada la cuantía, apenas de $ 3.000.00, la competencia para conocer del negocio en su primera instancia habría sido, de acuerdo con el artículo 3º del Decreto 3647 de 1950, no de Juzgado Superior, como ocurrió, dando cabida a la nulidad prevista en el ordinal 1º del artículo 198 del C. de P. Penal, sino de Juzgado de Circuito.

El Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en amplio y cuidadoso estudio de la demanda, realizado en consideración a las causales que se invocan, y, en particular, a cada uno de los cargos que se presentan para fundarlas, el que concluye que ninguna de ellas prospera, solicita que se deseche el recurso.

Para resolver se considera

a) Los asertos de Echeverri Mejía y de Echeverri Gómez, respecto de que Echeverri Villegas hizo creer al primero, cuando todavía no se habían fallado, que los juicios en que llevaba su representación los había perdido y que lo obligaban, de esa suerte, a pagar a $ 3.000.00, encuentran sólida y clara refrendación en el hecho de que el cheque de esa cantidad se hubiera girado el 23 de agosto, cinco días antes de la fecha en que se profirieron, el 28 del mismo mes, las sentencias de primera instancia en aquellos negocios, precisamente a favor del doctor Luis Rivera Giraldo, apoderado de la contraparte.

b) Desde luego, resalta dentro de la mayor claridad que el hecho de pretender que ese cheque se giró al doctor Rivera Giraldo en razón de honorarios para Echeverri Villegas implica plantear una situación absurda contraria a la lógica del obrar común, absolutamente incomprensiva y ajena a lo que a diario enseña la experiencia, situación según la cual, en el colmo del contrasentido, los dineros que debía recibir el procesado en retribución de sus servicios profesionales venían a pasar al haber del abogado a cuyo cargo estaba la personería legal de la otra parte en los referidos juicios.

c) La explicación del procesado en torno a la causa que lo determinó a entregar al doctor Rivera Giraldo los $ 3.000.00 de que informa el recibo del 31 de octubre, correspondientes, según su propio dicho, al valor del cheque que le fue destinado para cancelarle el trabajo profesional, en vez de abonar su versión la hace todavía más insólita, puesto que presenta a Echeverri Mejía extrañamente empeñado en que aquél, como apoderado de quienes le habían promovido los juicios, fallados en forma adversa a ellos, de todas maneras recibiera la expresada cantidad, precisamente a sus expensas y algo así como a título de donación.

d) Echeverri Villegas manifestó en un principio al doctor Rivera Giraldo, según éste lo declara, que el cheque, a pesar de figurar él como "beneficiario", tenía por objeto "cancelarle el valor de los dos juicios" a Gallego y a Díaz, versión que no concuerda con la de la indagatoria, ni tampoco con la otra que posteriormente transmitió al mismo abogado, en el sentido de que "en realidad", por el hecho de la consignación del cheque, "ningún ilícito había realizado", en fuerza de que "era lógico que no estando yo en Salamina él lo cobrara", a título de colega". Este testimonio no favorece las "explicaciones" del procesado sino que, como es obvio las demerita al exhibirlas en la calidad de cambiantes y contradictorias.

e) La versión del procesado ofrece defectos de tal entidad, según puede apreciarse sin esfuerzo, que la hacen intrínsecamente inaceptable, fenómeno que, en cambio, no se advierte en la de Echeverri Mejía y de Echeverri Gómez, versión que, a más de descansar invariable en los asertos no desvirtuados de los mencionados sujetos y estar refrendada conforme atrás se expuso, de manera objetiva, es perfectamente lógica, situación en la que, sin duda, no cabe concluir en que, como se pretende, fue impropia su acogida en la sentencia, ni menos en que, aceptando que hubo errada valoración de los elementos de juicio en que se

funda, tenga que rechazarse, lo que sólo es procedente, acorde con la reiterada doctrina de la Corte, cuando en esa valoración "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".

f) El procesado comunicó a Echeverri Mejía que los pleitos los había perdido y que se le condenaba al pago de $ 3.000.00, no como una persona cualquiera, sino como apoderado suyo, como persona escogida para depositarle su confianza en la atención de aquellos negocios, factor en sí mismo suficiente para crear un falso estado de conciencia en torno a los hechos a que se contrajo el engaño, el cual, además, tuvo su expresión externa a través de una verdadera mise en scéne, como que no de otra manera puede entenderse la maniobra de hacer girar el cheque a favor del abogado de la parte contraria en cada uno de los dos juicios. "La inducción en error", generado en el "artificio o engaño" atribuído a Echeverri Villegas, es, pues, evidente.

g) El cheque lo logró el acusado induciendo en error, mediante engaños, a Echeverri Mejía y entonces, al hacerlo suyo, no estándole destinado, necesariamente obtuvo un provecho ilícito.

h) Ese provecho lo obtuvo Echeverri Villegas en perjuicio de Echeverri Mejía.

i) El cheque ofrece al reverso, no un nombre, seguido de un apellido y la inicial de otro, sino la apariencia de una firma, integrada por el nombre "Luis", el apellido "Rivera" y la consonante "G" como inicial de otro apellido, hecho que es ostensible dentro de cualquier observación.

j) La falsedad en instrumentos negociables, dentro de la modalidad de fingimiento de firma, no requiere imitación, sino una apariencia al respecto, capaz de producir engaño, como en el caso de autos, en persona de buen juicio. "Así, para considerar falsa una letra de cambio u otro instrumento negociable, no se debe exigir —dice Romero Soto comentando el ordinal 1º del artículo 231 del C. Penal— que la firma puesta en el tenga los mismos caracteres caligráficos de la verdadera. Esto sería restringir el alcance de la norma legal, recortando su contenido, ya que éste en forma bien clara, se refiere tanto a los casos en que se imita como a aquéllos en que se finge la firma" (Romero Soto, Falsedad Documental, Página 178).

k) En materia penal los hechos han de juzgarse, no en abstracto, sino en concreto, conforme a la realidad que exhiben dentro del proceso respectivo, lo que plantea, en su elemental sencillez e inexorables consecuencias, que la cuestión no está en que Echeverri Villegas, en razón de que el cheque se encontraba girado al doctor Rivera Giraldo **"o al portador"**, podía cobrarlo sin la firma de aquél, sino en que el Banco, sin esa firma, no lo pagaba, hecho que es evidente a través del documento del 3 de julio del año pasado, suscrito por el Gerente de la Institución y contentivo de estos apartes, donde se recaba insistentemente sobre el mismo punto:

"...el Banco exige de modo invariable, el endoso del beneficiario. La firma correspondiente está amparada por la presunción de autenticidad... El Banco exige siempre como ya se dijo, el endoso del cheque por quien figura como su beneficiario... Ese endoso (una firma) de quien figura como beneficiario, se reclama por el Banco... Siempre el Banco se abstiene de pagar un cheque girado a la orden de determinada persona o **'al portador'** si no aparece endosado por dicha persona o beneficiario".

l) Desde luego, lo único que cabe comprender, en presencia de lo transcrito, es que la suplantación de la firma del doctor Rivera Giraldo correspondía, no a un acto inocuo, sino a una condición necesaria para poder hacer efectivo el cheque fraudulento.

m) En suma, pues, las razones consignadas a lo largo de los literales que anteceden permite concluir en que la causal 2ª de casación no puede prosperar, en orden a ninguno de los dos delitos imputados, desde ninguno de los aspectos de su invocación.

n) El instrumento público y el instrumento negociable, en cuanto a autenticidad se refiere, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1758 del C. Civil, y 4º de la Ley

46 de 1923, tiene una misma categoría, lo que de suyo hace exigible, en rigor lógico, un mismo tratamiento dentro de la esfera de la protección penal.

ñ) Esa equiparación en la esfera indicada, la consagró el artículo 233 del C. Penal, según fluye de su propia letra, clara al respecto y recogida en ese único sentido a través de reiterada jurisprudencia de la Corte, fenómeno que se explica porque los instrumentos negociables, como también esta Corporación lo ha observado, "son de una importancia excepcional en las relaciones comerciales para la facilidad, rapidez y seguridad de las transacciones, a tal punto que casi se les mira como una especie de papel moneda. De ahí que el legislador haya querido proteger especialmente esa clase de papeles de comercio, sancionando de manera más enérgica su falsedad y colocándose al lado de los instrumentos públicos".

o) La predicha equiparación quoad delicta y no apenas quoad poenam hacen que las falsedades en instrumentos negociables participen del carácter formal que tienen esos delitos cometidos en instrumentos públicos, en los cuales, como lo enseña Carrara "el daño potencial basta para su consumación, precisamente porque en la simple acción del delincuente, aunque no vaya seguida por el efecto que aquél quería obtener, se configura una violación ya ocurrida del derecho, y así, la perfecta infracción de la ley", concepto en el que recalca Soler, advirtiendo que no es que se trate de plantear la idea de un delito "sin que cause una lesión", sino que a veces, "no sólo se prohibe la violación efectiva de un derecho subjetivo concreto, sino también el mero hecho de ponerlo en peligro mediante determinadas acciones, que se juzgan necesariamente peligrosas en abstracto, e independientemente de la efectiva existencia de un daño real". (Carrara, Programa, parágrafo 97. Soler, Derecho Penal, Tomo I, Págs. 277 y 278).

p) El delito de falsedad, acorde con estos principios, alcanzó su meta consumativa, sin absorber la estafa, cuya consumación se produjo al hacer efectivo el cheque, ni ser absorbido por ésta, en el momento en que, con intención dolosa, se fingió al dorso del instrumento la firma del doctor Rivera Giraldo.

g) Los delitos obran en concurso material, porque ellos, aunque enlazados en sus fines de lucro indebido, se integraron a través de pluralidad de acciones y de propósitos, lesionando, el de falsedad, la fe pública, y el de estafa, la propiedad.

r) De modo que la causal 1ª de casación tampoco puede prosperar.

s) La causal 4ª de casación, alegada "como complementaria" de la 1ª, al no prosperar ésta, tampoco puede tener éxito.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de que fue objeto el fallo de que se trata en la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ROBO

Competencia de los jueces de circuito para conocer de delitos contra la propiedad según la cuantía. — Investigación de los hechos. — Preexistencia de las cosas hurtadas o robadas. — Causales 4ª, 2ª y 1ª de casación. — Delitos de robo y extorsión. — Su diferencia.

1. El artículo 3º del Decreto 3347 de 1950 señala que "los jueces de circuito en el ramo penal conocerán en primera instancia, además de los asuntos que les están atribuídos... de los delitos contra la propiedad cuando la cuantía pase de dos mil pesos y no sea mayor de cinco mil".

2. Cabe recordar que el artículo 313 del C. de P. P. indica que "para acreditar la preexistencia de las cosas hurtadas o robadas, podrá recibirse la declaración del interesado y la de su consorte, hijos y domésticos en defecto de otros extraños, las cuales serán apreciadas conforme a lo establecido en el artículo 224".

3. En diferentes oportunidades ha dicho esta Sala que la procedencia de la causal segunda del artículo 567 citado" se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad" (G. J. T. LXXXI, Nros. 2160-2161, Págs. 845-846).

4. Es sabido que, de acuerdo con la legislación penal colombiana, lo que distingue el delito de robo del delito de extorsión es la ausencia, en este último, de contemporaneidad entre el apoderamiento de los bienes por parte del agente y el cumplimiento de las violencias o del mal amenazado.

En la hipótesis de simulación de autoridad pública o falsa orden de la misma, la violencia moral se desprende del temor de la víctima a futuras represiones por el desobedecimiento a una determinación que, engañada, estima que emana de una autoridad legítima. Se crea así una situación de miedo por un daño futuro, el cual, si determina al sujeto pasivo a entregar, enviar, depositar o poner a disposición del agente "cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, ... o a suscribir o a destruir documentos de obligación o de crédito" (Art. 406 del C. P.), da lugar al delito consumado de extorsión.

Cuando la intimidación surge del empleo de armas, la misma ley penal no sólo califica el atentado contra el patrimonio económico ajeno como robo, sino que señala un motivo de agravación de la pena prevista para dicho delito (Ord. 1º del artículo 404 del C. P.).

Esa contemporaneidad del mal amenazado (el posible daño contra la vida o la integridad personal) con el apoderamiento de los bienes de la víctima, excluye el delito de extorsión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre 15 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 **Eutimio Peña Acosta** contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de once de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro,

por la cual le fue impuesta la pena principal de seis años de presidio, como responsable del delito de robo.

En el mismo fallo se impuso igual sanción, por el mismo delito, a los sindicados Luis Alfonso Peña Acosta, Celso Peña Acosta y Teódulo Fandiño Rodríguez.

Conoció en primera instancia el Juzgado 2º Penal del Circuito de Chiquinquirá.

Hechos

Los resume, así, el ad-quem.

"Del contenido del expediente se establece que Eutimio Acosta Peña, natural del municipio de Buenavista, pero según parece vinculado de vieja data al Departamento de Caldas, algún día volvió a su municipio de paseo. Así las cosas, se quedó en la casa de Teódulo Fandiño, sujeto que había conocido en Bogotá y con quien mantenía buenas relaciones de amistad.

"Una vez que planeó el delito con sus compañeros Alfonso Peña, Teódulo Fandiño, Guillermo Fandiño, Francisco Patarroyo, María Josefina e Inés Fandiño, en la casa de Teódulo, se trasladaron en la noche del nueve de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve a la vereda de 'Toro', situada en el municipio de Buenavista y penetraron a la casa de Juan Roncancio, golpearon, haciéndose pasar por autoridades, consiguieron que les abrieran y obligaron a los moradores a que les entregaran el dinero y los comestibles que tenían, tales como carne, café, cerveza, etc. Cometida la infracción y cuando viajaba Eutimio Acosta en las horas de la mañana del diez de febrero del mismo año, la Policía le encontró en un costal parte de los bienes sustraídos y un revólver que estaba botado en el suelo".

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público

Invoca el demandante las causales cuarta, segunda y primera de casación, así:

a) Causal cuarta.

Afirma el actor que en el proceso se ha incurrido en incompetencia de jurisdicción, puesto que la cuantía del delito averiguado apenas puede ser señalada en una suma inferior a dos mil pesos, no correspondiéndole, por tanto, el conocimiento del asunto al Juzgado Penal del Circuito de Chiquinquirá, ni al Tribunal Superior de Tunja, de conformidad con los artículos 3º y 4º del Decreto Extraordinario número 3347 de 1950.

A lo anterior responde el señor Agente del Ministerio Público que, si bien las mercancías materia de la infracción investigada fueron avaluadas en la suma de $ 494.65 m/cte., el denunciante asevera que, asimismo, se le obligó a entregar la cantidad de un mil ochocientos pesos ($ 1.800.00), en efectivo.

b) Causal segunda.

Asevera el demandante que el ad-quem incurrió en yerro al apreciar los elementos de juicio tomados en cuenta para condenar a Eutimio Peña Acosta, pues, de una parte, no es cierto que esté demostrada la preexistencia de las cosas objeto del delito, ni mucho menos que los bienes encontrados en poder de su mandante correspondan a las mercancías que el denunciante asegura que le fueron robadas. Expresa, asimismo, que la identificación de Eutimio apenas se llevó a cabo "por 'el habla', elemento probatorio írrito, equívoco, deleznable, dadas las condiciones de los diferentes lugares, tiempos y modos en que los testigos oyeron hablar a los supuestos reconocidos".

También agrega que las aseveraciones del sindicado Francisco Patarroyo Sánchez, "de última hora, cuando afirma que Eutimio le había dicho en la cárcel que solamente se había apropiado de $ 66.00, no han tenido comprobación alguna. Esta afirmación la hizo Patarroyo en condiciones síquicas de depresión, ya que a él le habían encontrado en su casa cosas robadas y además tenía auto de detención. De haber sido cierta la expresión de Eutimio, no tendría ningún valor como confesión, ni siquiera extrajudicial; por otra parte, incidiría en una ínfima cuantía".

Y refiriéndose al testimonio de Guillermo Fandiño, observa que, además de que no se cumplieron las exigencias de los artículos 227 y 224 del C. de P. P., al recibir su declaración, ésta nada dice sobre conocimiento directo de los hechos averiguados, sino que informa, apenas, de haber sido

invitado a la casa donde se cometió el delito. Anota que si este testigo asevera que las personas que le invitaron volvieron después "con una botella de aguardiente, dos libras de arroz, dos de chocolate, una libra de manteca, unos huevos y un pedazo de carne..., dada la cantidad exigua de tales cosas, bien está al alcance de cualquiera el haberlas adquirido por compra".

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal hace la siguiente réplica:

"Negar que la propiedad de los objetos robados a Juan Francisco Roncancio no está probada, es ignorar las mismas diligencias de reconocimiento enunciadas y las declaraciones de los familiares de Roncancio, que dan buena cuenta de los artículos robados por Eutimio Acosta, en compañía de varios de sus secuaces... Y en relación con lo que dice "el recurrente, en cuanto a que su defendido probó suficientemente la procedencia de los objetos que le fueron decomisados y reconocidos por su legítimo propietario, por lo menos en su injurada no aparece nada al respecto...".

Y en cuanto al conjunto de pruebas tomadas en consideración por el **ad-quem** para condenar al recurrente, asevera el señor Agente del Ministerio Público que en su apreciación no se ha incurrido en yerro alguno.

c) **Causal primera.**

Manifiesta el señor apoderado de Eutimio Peña Acosta que "la sentencia viola la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma", pues, de haberse consumado algún delito, éste no es el de robo agravado sino el de extorsión.

Dice, sobre este particular, lo que pasa a transcribirse:

"El denunciante, su esposa, su cognada Stella y Petronila Murcia, dicen que las personas que se presentaron vistiendo uniformes militares, no arrebataron nada al primero. Sostienen llana y sin intervención ninguna que Roncancio hizo entrega de lo que se le exigió. Se infiere de lo anterior que Dulcelina Roncancio mintió cuando afirma que uno de aquellos individuos cogió a su padre del saco, 'sustrayéndole el dinero y que en seguida se puso a contarlo...', y, entonces, debe estarse a lo que dijeron sus padres, su hermana Stella y la testigo Murcia..., y precisamente el 'hacerse entregar una cosa' por medio de amenazas o violencias, o simulando autoridad pública, o falsa orden de la misma, con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito, es lo que configura el delito de extorsión".

Agrega:

"Los diversos tratadistas de este tema, sostienen que la diferencia específica entre estos dos delitos consiste en que para el robo se requiere el apoderamiento, en cambio para la extorsión basta con la entrega, mediante violencias, o amenazas, o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma. En orden a estos conceptos, conviene recordar que quienes se presentaron a la casa de Roncancio vestían uniformes militares, invocaron órdenes superiores para proceder..., y tanto Roncancio, como una de sus hijas, hablan de que días pasados aquél había dado un billete falso, circunstancia que fue esgrimida por los concurrentes a su casa, y esto creó en Roncancio la fundada convicción de que sí se trataba de autoridades. Luego sí había antecedentes para pensar en la extorsión, los cuales culminaron cuando precipitaron a Roncancio a entregar el dinero y las pocas cosas de que él mismo da cuenta... Así, pues, que aún aceptando presuntamente que Peña Acosta hubiese sido gestor del hecho, nunca podría ser condenado —como lo hizo el Tribunal— por el delito de robo, sino por el de extorsión. Esto se dice a manera de comparación, pues ya se demostró que hay ausencia total de pruebas para imputarle a Peña Acosta uno u otro delito".

Contesta, a lo anterior, el Ministerio Público lo que sigue:

"Naturalmente que la entrega se produjo o debió producirse por parte de Juan Roncancio, pero frente a la amenaza, intimidación o exigencia que arma en mano pusieran los asaltantes de su propiedad. Pero esta no fue una entrega —obviamente— que se realizara de manera voluntaria por parte del dueño de los bienes, sino bajo la amenaza que ejercieron los Acosta Peña o Peña Acosta..."

Anota, asimismo, el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal:

"La tesis del recurrente, que afirma que el dinero y las cosas fueron entregadas por Juan Roncancio a Eutimio Acosta, bajo la amenaza solamente, y que por esto, el delito por él..." cometido... "era el de extorsión, no parece muy jurídica. Existen unos mismos elementos integrantes de diferentes infracciones penales, sin que la evidencia de uno de ellos conlleve a afirmar la existencia de otro; es por ello que la Procuraduría no entiende que existiendo ciertamente uno de los presupuestos valederos para la extorsión y el robo, desde el punto de vista jurídico en los autos pueda afirmarse la existencia tan sólo de la extorsión, máxime cuando los otros elementos del robo se encuentran estructurados".

La Sala considera

Corresponde examinar los cargos en el orden de las causales propuestas por el demandante, a saber:

1º Causal cuarta.

Tiene razón el señor Agente del Ministerio Público cuando anota que el reparo formulado por el actor a la sentencia acusada, con invocación de esta causal cuarta de casación, no está probado, pues resulta del proceso que la cuantía del ilícito es superior a la suma de dos mil pesos, sin exceder de cinco mil y, por consiguiente, al conocer el Juzgado Penal del Circuito de Cúcuta, en primera instancia, no se incurrió en incompetencia de jurisdicción.

El artículo 3º del Decreto 3347 de 1950 señala que "los jueces de circuito en el ramo penal conocerán en primera instancia, además de los asuntos que le están atribuídos, ...de los delitos contra la propiedad cuando la cuantía pase de dos mil pesos y no sea mayor de cinco mil".

En efecto, tanto el denunciante, señor Juan Francisco Roncancio, como la esposa de éste, señora Clementina Cristancho de Roncancio, como su hija, Dulcelina Roncancio, están acordes en afirmar que los delincuentes se llevaron, además de las mercancías avaluadas en $ 494.65, cerca de un mil ochocientos pesos ($ 1.800.00) en efectivo.

Cabe acordar que el artículo 313 del C. de P. P. indica que "para acreditar la preexistencia de las cosas hurtadas o robadas, podrá recibirse la declaración del interesado y la de su consorte, hijos y domésticos en defecto de otros extraños, las cuales serán apreciadas conforme a lo establecido en el artículo 224".

Así, pues, no prospera la causal de casación prevista en el ordinal 4º del artículo 567 del C. de Procedimiento Penal, dado que el juez que conoció en primera instancia era el competente, por razón de la cuantía del ilícito.

2º Causal segunda.

En diferentes oportunidades ha dicho esta Sala que la procedencia de la causal segunda del artículo 567 citado "se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad" (G. J. T. LXXXI, Nros. 2160-2161, Págs. 945-846).

Y en este caso, no ha demostrado el demandante que los hechos fueron, de manera ostensible, erróneamente interpretados por el juzgador de segunda instancia, pues de las consideraciones del actor no se desprende que el ad-quem les haya atribuído un valor que no tenían o que les haya negado el que debía darles.

En efecto:

a) Cuerpo del delito.

Afirma el señor apoderado del recurrente que la preexistencia y consiguiente falta de las cosas materia de la infracción no está probada en el proceso. Sin embargo, es obvio que con los testimonios de las personas mencionadas al examinar los cargos propuestos a través de la causal cuarta de casación se establece, plenamente, que tanto el dinero como las mercancías que los procesados llevaron consigo, pertenecían al señor Juan Francisco Roncancio. Además, algunas de las cosas materia del delito fueron halladas en poder del recurrente, como que

las personas que podían reconocerlas hicieron una plena identificación de las mismas.

No demuestra, pues, el actor, que el cuerpo del delito no esté comprobado.

b) **Responsabilidad del recurrente.**

Tampoco incurrió en error alguno el Tribunal Superior de Tunja al concluir, en la sentencia impugnada, que Eutimio Acosta Peña coparticipó en la infracción penal averiguada, pues, de una parte, Stella y Dulcelina Roncancio afirman que aquél intervino en el asalto, y, de otra, se tiene que en poder del mismo fueron halladas algunas mercancías de las que fueron sustraídas de la casa del denunciante, sin que explicara su procedencia.

No prospera, por consiguiente, la causal segunda de casación.

3º **Causal primera.**

Es sabido que, de acuerdo con la legislación penal colombiana, lo que distingue el delito de robo del delito de extorsión es la ausencia, en este último, de contemporaneidad entre el apoderamiento de los bienes por parte del agente y el cumplimiento de las violencias o del mal amenazado.

En la hipótesis de simulación de autoridad pública o falsa orden de la misma, la violencia moral se desprende del temor de la víctima a futuras represiones por el desobedecimiento a una determinación que, engañada, estima que emana de una autoridad legítima. Se crea, así, una situación de miedo por un daño futuro, el cual, si determina al sujeto pasivo a entregar, enviar, depositar o poner a disposición del agente "cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, ...o a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito " (Art. 406 del C. P.), da lugar al delito consumado de extorsión.

Según el denunciante y algunos de sus familiares, se tiene:

a) **Denuncia de Juan Francisco Roncancio.**

"Llegaron a mi casa... unos individuos, entre ellos Eutimio Acosta, en compañía de unos doce o quince, vestidos de militar y golpearon en la puerta de mi casa, donde me hallaba durmiendo con mi familia y dijeron: Don Juan, ábrame, que es el Ejército, y entonces les dije que no abría, y me dijeron, abra, que es el Ejército de Coper, que venía a una ronda de armas, y entonces les dije yo por segunda vez que no abría y me dijeron abra o le rompemos la puerta, que es el Ejército y me paré yo y destranqué la puerta y en seguida me dijo Eutimio, a ver, donde tiene las armas y la plata, y, como digo, venía vestido de ejército y tenía jinetas, y me dijo adentro, a ver las armas y la plata, le dije, armas yo no tengo; la plata?; le dije, no tengo sino una poquita que ahí está, y entonces me dijo, a ver si me la va entregando y yo la saqué del saco mío y se la entregué, le ayudé a contar, desarrugando los billetes de una bolsa, y me dijo, no hay más?; le dije que no; entonces me dijo, nos la entrega o qué; entonces le dije, se la entrego, esto teniendo en la mano un revólver blanco las cachas, y una puñaleta, y tenía otro revólver en la cintura, y le entregué la otra plata a las amenazas que me enfocaba con el revólver, que si no le entregaba la plata me mataba a mi y a mi familia; él me dijo, entréguela de una vez y le dije no tengo más; me dijo que le ayudara a desarrugar los billetes, como he dicho y le ayudé a contar; la otra la tenía yo en una papelera y se la entregué toda, y me dijo, dónde están los billetes falsos y yo le dije que no, que toda mi plata era buena...", (Fl. 1º del Cd. 1º).

b) **Declaración de Stella Roncancio.**

"Llegaron por ahí como a las diez de la noche unos individuos vestidos con traje militar... y yo les dije que quiénes eran y dijeron que era el Ejército de Coper; me levanté y les abrí la puerta y entró un señor y dijo que dónde estaban las armas y la plata falsa y siguió rondando él solo; le pidió la plata a mi papá y luego mi papá le dijo que ahí estaba la plata entre el saco y sacaron la bolsa de mi papá, el señor que entró ahí a la casa, y de ella sacó la plata y mi papá se puso a ayudársela a desenrollar, la que estaba en la bolsa y no la contó porque después siguió esculcando la cartera; la que encontraba la iba echando ahí a la bolsa, y decían que toda era falsa; luego un señor que estaba afuera le dijo: mi cabo, echamos fuego aquí, y él contestó que no, que dejaran un momento, y luego, en

seguida, llegó la señora que se llama Petronila de Ballén y le dijo un muchacho que estaba afuera al cabo: la matamos, mi cabo? y él dijo que no, que esperaran a ver quién era y el cabo le preguntó a la señora a qué venía, y ella le dijo que a buscar a su marido y luego otro señor dijo que él al bulto que veía le echaba plomo e hizo un tiro; luego nos hizo salir de la pieza y salimos todos para la tienda y cuando entramos allá ya estaba todo barrido, es decir, no había nada de los objetos de la tienda; en la tienda nos encerró y nos echó candado y amarraron la puerta del lado de la calle y nos dijo que nos estuviéramos ahí quietos, que si nos salíamos, nos mataban; nos encerraron a Petronila de Ballén, Dulcelina Roncancio, Juan Roncancio, Clementina de Roncancio y un niño chiquito de dos años; el señor que nos encerró tenía en la mano un revólver enfocándonos a nosotros, para que no se moviera ninguno de nosotros y se fueron y dijo que apagaran la esperma y nos estuviéramos ahí mientras ellos llegaban y nos estuvimos ahí mientras ellos se fueron...", (Fls. 6 y 6 vto., del Cd. ib.).

c) **Testimonio de Dulcelina Roncancio.**

"...Yo fui la primera que los oí y llamé a mi papá, vi las linternas, en seguida contestamos y dijeron que era el Ejército de Coper, que traían licencia para rondar. En seguida siguieron empujando la puerta y en seguida se levantó Stella y abrió la puerta; en seguida dijeron que saliera alguno a ver que era el Ejército, y venían vestidos de militar. Entró el señor que tienen preso; iba uniformado y tenía una 'V' en las jinetas; entonces siguió rondando y le quitó a mi papá un cuchillo que tenía y luego se fue a la cabecera de la cama y agarró el saco de mi papá y le sacó la plata que tenía; la cogió y se puso a contarla. Luego cogió la bolsa y encontró más plata... y dijo que esa plata iba a dar a la Alcaldía porque nosotros teníamos plata falsa...; llevaban armas, Eutimio Peña o Acosta llevaba dos revólveres y dos puñales...", (Fls. 17 y 17 v., del Cd. ib.).

d) **Declaración de Petronila Murcia.**

"Cuando llegué ya estaban los bandoleros en la casa de mi compadre Juan y me dijeron: a qué viene vieja gran doble... y me enfocaron la linterna, me hicieron el tiro y me quedé como atontada...; nos encerraron a mis compadres, las dos hijas, a mí y a un muchacho chiquito y nos dijeron que no saliéramos porque no tardaban en llegar otros de abajo...", (Fl. 21 del mismo cuaderno).

e) **Testimonio de Clementina Cristancho de Roncancio.**

"...Stella se levantó y les destrancó y dijeron que era el Ejército de Coper, que les abriéramos para una requisita, y se entró uno con dos revólveres y sacó un revólver blanco y se lo puso a Juan y le dijo que manos arriba, que le entregara las armas y la plata falsa; que los billetes dónde estaban..."; Juan "le entregó toda la plata que tenía y yo me di cuenta que eran cerca de un mil ochocientos pesos...; cuando ya robaron todo en la pieza donde estábamos, nos pasaron a la otra pieza y nos echaron candado y nos dijeron que nos tuviéramos ahí mientras ellos venían, que ahorita subía la otra patrulla... Hicieron un tiro a la señora Petronila Murcia, que llegaba en esos momentos a preguntar por el marido...", (Fls. 21 y 22 del Cd. 1º).

Pues bien:

A más de esa simulación de autoridad a que acudieron los delincuentes, también pusieron en juego amenazas contra la integridad personal del denunciante y de su esposa e hijas, las cuales implicaban un daño presente y, por tanto, contemporáneo con el apoderamiento de los bienes que aquéllos llevaron consigo.

Precisamente cuando la intimidación surge del empleo de armas, la misma ley penal no sólo califica al atentado contra el patrimonio económico ajeno como robo, sino que señala un motivo de agravación de la pena prevista para dicho delito (Ord. 1º del artículo 404 del C. P.).

Esa contemporaneidad del mal amenazado (el posible daño contra la vida o la integridad personal(con el apoderamiento de los bienes del señor Juan Francisco Roncancio, excluye el delito de extorsión, como se dejó dicho.

No prospera, en consecuencia, la causal primera de casación, pues la sentencia no

viola la ley penal por esa supuesta aplicación indebida de la misma, como alega el demandante.

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 2º Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de que se ha hecho mérito, por la cual se le impuso al recurrente **Eutimio Peña Acosta** la pena principal de seis años de presidio, como responsable del delito de robo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León, Secretario.

DISCONFORMIDAD DE LA SENTENCIA CON EL VEREDICTO DE LOS JUECES DE HECHO

Aplicación indebida de la ley penal sustantiva. — Quebrantamiento de los Arts. 480 y 499 del C. de P. P. — Apreciación de pruebas por el Jurado y del veredicto por el Juez de derecho. — Causales 2ª y 1ª de casación.

1. El artículo 480 del Código de Procedimiento Penal dispone que "en los procesos cuya competencia concierne a los Jueces Superiores, la audiencia pública, salvo disposición en contrario, se hará con la intervención del Jurado, y la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate". Y de acuerdo con el artículo 499 de la misma obra, en estos casos, sólo "la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al Juez de derecho".

2. El fallo acusado está en desacuerdo con el veredicto de los jueces de hecho y quebranta las normas contenidas en los artículos 480 y 499 del Código de Procedimiento Penal.

Se tiene en efecto:

1. Es evidente que si se ejecuta el hecho, en las circunstancias del artículo 25 del Código Penal, la conducta se justifica; resulta legítima y, por consiguiente, el agente no es responsable. Pero, si en esos mismos casos, se exceden los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, ya el comportamiento resulta antijurídico; injusto; ilegítimo, y, además, delictuoso.

Si se trata de la defensa contra una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y esa defensa no resulta proporcionada a la agresión porque excede los límites de lo que racionalmente era suficiente, es lógico que no se tiene una conducta legítima, sino, al contrario, un comportamiento ilegítimo y delictuoso.

Entonces, no resulta ni siquiera antitécnico que los jueces de conciencia, al proferir el veredicto de que se ha hecho mención, prescindieran de hablar de legítima defensa, al afirmar que fue excedida la que realizó el procesado y estimar que es penalmente responsable.

Con toda razón anota el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal que "el exceso en la defensa está tipificado como delito y sancionado penalmente; de ahí que resulte contradictoria la expresión exceso en la 'legítima' defensa. En manera alguna puede resultar 'legítimo' lo que es contrario a la ley y merece pena...".

Es claro, pues, que los jueces de conciencia calificaron la responsabilidad del reo como una defensa punible, por haber sido excedida. Y es sabido que la represión de este comportamiento la señala el artículo 27 del Código Penal.

2. En los negocios en que interviene el Jurado, corresponde a éste apreciar las pruebas según su íntima convicción, en lo cual es absolutamente libre. Unicamente puede el juez de derecho declarar contraevidente el veredicto, lo que no se hizo en este asunto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre 21 de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del pro-

cesado Gabriel López Aguilar contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, de veinticuatro de febrero del año en curso, por la cual le fue impuesta al nombrado la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de Fidel Lemus Téllez.

Conoció en primera instancia el Juzgado 2º Superior de la misma ciudad.

Hechos

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"En las horas de la tarde del primero de octubre de 1961, en el corregimiento de 'Pailitas', municipio de Tamalameque, se encontraban en la casa de la señora Angela Pérez los hermanos Darío, Gabriel, Abimael y José del Carmen López Aguilar en momentos en que apareció el menor Fidel Lemus Téllez, a quien Gabriel interrogó sobre una prenda que se le había extraviado a uno de sus hermanos, con motivo del incidente ocurrido días antes con el padre de Fidel. El joven Lemus le respondió descomedidamente, según el decir de los López Aguilar, y por este motivo Gabriel le dio una serie de planazos con la peinilla que portaba su hermano Darío.

"Este primer incidente fue al parecer intrascendente, por cuanto el menor Fidel Lemus invitó en seguida a Darío López a retirarse del lugar, con el objeto de conseguir una botella de licor. En el trayecto recorrido, las dos personas nombradas fueron seguidas de cerca por Gabriel López, portando una machetilla desenfundada en la mano, la misma que utilizó momentos más tarde para agredir al menor Fidel Lemus, a quien le causó diez heridas corto-punzantes de gravedad, una de las cuales le produjo la sección de los vasos carótidos, causándole la muerte por anemia aguda. Según la versión de los inculpados, la joven víctima inició el incidente al dar un puñetazo a Darío, quien se encontraba en estado de embriaguez, lo derribó y luego se precipitó sobre él, hecho que motivó la intervención del acusado para defender la vida de su hermano, de acuerdo, se repite, con los testimonios de los sindicados, tenidos como prueba en el proceso".

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público

El doctor Carlos Tayeh Vega, apoderado sustituto del procesado, invoca las causales segunda y primera de casación, previstas en el artículo 56 del Decreto Extraordinario 528 de 1964, así:

a) **Causal segunda.** "Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado".

Dice el actor que el Tribunal Superior de Santa Marta, al imponer a Gabriel López Aguilar la pena de ocho años de presidio, se colocó en desacuerdo con el veredicto del jurado, ya que éste, por mayoría de votos (el que lo salvó lo hizo para declarar justificado el hecho), dijo que: "Es responsable excedido en la defensa de su hermano en su integridad física".

Anota el demandante que el **ad-quem** dio aplicación al artículo 362 del Código Penal, sin tomar en cuenta la circunstancia atenuante prevista en el artículo 27 de la misma obra; lo que le era obligatorio, según el fallo de los jueces de hecho, al menos tomando en cuenta el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, según el cual "los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna".

Agrega que "el H. Tribunal sentenciador para colocarse en desacuerdo con el veredicto del jurado adujo la razón de que el veredicto emitido no habla de 'legítima defensa'..."; pero "al Tribunal le está vedado exigirle al jurado el empleo de 'términos técnicos de las ciencias jurídicas, ni colocar los hechos dentro de los términos y clasificaciones, averiguando si una circunstancia añadida por el Tribunal Popular a su respuesta califica o especifica el hecho'. Claramente se deduce que el Tribunal se salió de su función juzgadora para inmiscuirse en el ámbito del jurado de conciencia".

Observa, por último, que el artículo 25 del Código Penal, en su ordinal 2º, no emplea la expresión "legítima", para darle el al-

cance de justificada a la defensa, sino que apenas habla de que ésta sea proporcionada a la agresión. Luego, no se le puede exigir al jurado que tomara en consideración que "si omitía la palabra 'legítima', la aminorante que quiso que se le reconociera al procesado, no podría ser aplicada por los juzgadores de derecho". Tanto más, cuanto que es una expresión "técnica" de la figura jurídica de la defensa justa.

b) Causal primera. "Cuando la sentencia sea violatoria de ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea".

Reitera el actor, al ocuparse de este otro motivo de casación, los argumentos con los cuales fundamenta la causal segunda.

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal estima que el demandante ha probado el cargo propuesto a través de la causal segunda de casación y pide que se invalide el fallo recurrido y se profiera el que deba reemplazarlo.

De la respuesta del señor Agente del Ministerio Público cabe transcribir lo siguiente:

"Para esta Procuraduría Delegada es de una claridad absoluta la situación jurídica planteada. En efecto, es de conocimiento general que en los procesos en los cuales interviene el jurado, la sentencia debe dictarse de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate, constituyendo por sí misma la esencia del fallo. De tal suerte que el juez o el Tribunal no pueden apartarse del veredicto, a menos que lo consideren en oposición con la realidad surgida de los autos, circunstancia que no es del caso dilucidar en esta oportunidad. Así, los jueces de derecho tienen que atenerse a la calificación que de los hechos hagan los jurados, con las circunstancias que especifiquen o modifiquen la responsabilidad y aplicar la sanción según la gravedad y modalidades del acto criminoso, siempre en un estrecho acuerdo con la resolución tomada por los juzgadores de hecho. De no ser así se desconocería y desvirtuaría la esencia de esta institución..."

Dice también el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal:

"Cuando en casación se ataca la sentencia del Tribunal por estar en desacuerdo con el veredicto del jurado (causal segunda del artículo 56 del Decreto 528 de 1964), debe invocarse como consecuencial o complementaria —no propiamente como subsidiaria como la plantea el recurrente— la causal primera, porque la disconformidad de la sentencia con el veredicto —Art. 480 del C. de P. P.— conduce a la aplicación indebida de la ley sustantiva. Pues bien, en el caso presente existe desacuerdo entre el veredicto y la sentencia, porque aquél reconoció exceso en la defensa de un tercero y ésta condenó al procesado por homicidio voluntario, es decir, aplicó el artículo 362 del Código Penal, en vez del artículo 27 del mismo estatuto que prevé una sanción inferior, ya que quien ejecuta un hecho en las circunstancias del artículo 25, excediendo los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, queda incurso en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo prevista para la infracción.

"Halla esta Procuraduría justificadas las causales de casación invocadas por el impugnador, la segunda como principal y la primera como consecuencia de la anterior...

La Sala considera

El artículo 480 del Código de Procedimiento Penal dispone que "en los procesos cuya competencia concierne a los Jueces Superiores, la audiencia pública, salvo disposición en contrario, se hará con la intervención del Jurado, y la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate". Y de acuerdo con el artículo 499 de la misma obra, en estos casos, sólo "la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al Juez de derecho".

En este negocio, fue propuesto al Jurado el siguiente cuestionario:

"Cuestión única: El procesado Gabriel López Aguilar, es responsable penalmente, sí o no, de haber dado muerte con el propósito de hacerlo al señor Fidel Lemus Téllez, por medio de heridas producidas con arma

cortante (machetilla), descritas en la respectiva diligencia de autopsia, vista a los folios 29 a 39 del expediente y de conformidad con la parte motiva del auto de proceder dictado por este Juzgado, con fecha 5 de junio de 1962, visible a los folios 77 a 89 del proceso, según hechos que tuvieron ocurrencia el día lunes 2 de octubre de 1961, en el Corregimiento de 'Pailitas', municipio de Tamalameque, en jurisdicción del Departamento del Magdalena, de la comprensión de este Distrito Judicial de Santa Marta?"

La respuesta de dos de los jueces de conciencia, constitutiva del veredicto mayoritario, fue la siguiente:

"Sí es responsable excedido en la defensa de su hermano en su integridad personal".

El tercer miembro del Jurado dijo que "considera legítima defensa subjetiva de la vida de su hermano".

Con apoyo en esta decisión del Tribunal Popular, el Juzgado 2º Superior de Santa Marta condenó a Gabriel López Aguilar a la pena de dieciséis (16) meses de presidio, de conformidad con la norma contenida en el artículo 27 del Código Penal.

En cambio, el **ad-quem** prescindió de tomar en cuenta este último precepto y señaló al procesado la sanción principal de ocho años de presidio, con base en lo que dispone el artículo 362 del Código citado.

En la sentencia recurrida se dice, sobre este particular, lo siguiente:

"Pero aún aceptando que Darío se hallaba sumamente embriagado y que por esta particularidad llevaba las de perder en aquella contienda, habría bastado con la intervención de Gabriel sin arma alguna, para defender a su hermano Darío. El niño de catorce años que resultó víctima no portaba arma alguna. De allí que el jurado de conciencia, por mayoría de votos, hubiera hablado de defensa del hermano del agresor, pero omitiendo o callando la legitimidad de ésta. Obsérvese que la respuesta del jurado que salvó el voto se ciñe más a los requisitos legales. El sí habló de una legítima defensa subjetiva de la vida y habló de una defensa subjetiva porque la material u objetiva no aparece por parte alguna en los autos. De allí que la Sala considere que el jurado, al contestar..., estaba señalando una defensa, sí, pero no la legítima que la ley trae para eximir de responsabilidad penal, sino que, seguramente, se quiso referir a una circunstancia de menor peligrosidad, que necesariamente habrá de tener en cuenta al momento de fallar. Por ello se impone fijar o dosificar la pena de conformidad con el veredicto emitido, vale decir, la pena correspondiente al homicidio voluntario por el cual fue llamado a juicio el procesado Gabriel López Aguilar y que debe ser la mínima señalada en el Art. 362, por no aparecer circunstancias de mayor peligrosidad en su contra y sí de menor, como es la embriaguez voluntaria en que se hallaba ese día. En este sentido será modificada la sentencia condenatoria".

Sin embargo de los anteriores razonamientos del **ad-quem**, es obvio que el fallo acusado está en desacuerdo con el veredicto de los jueces de hecho y quebranta las normas contenidas en los artículos 480 y 499, antes transcritos.

Se tiene, en efecto:

1) Es evidente que si se ejecuta el hecho, en las circunstancias del artículo 25 del Código Penal, la conducta se justifica; resulta legítima y, por consiguiente, el agente no es responsable. Pero, si en esos mismos casos, se exceden los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, ya el comportamiento resulta antijurídico; injusto; ilegítimo, y, además, delictuoso.

Si se trata de la defensa contra una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y esa defensa no resulta proporcionada a la agresión porque excede los límites de lo que racionalmente era suficiente, es lógico que no se tiene una conducta legítima, sino, al contrario, un comportamiento ilegítimo y delictuoso.

Entonces, no resulta ni siquiera antitécnico que los jueces de conciencia, al proferir el veredicto de que se ha hecho mención, prescindieran de hablar de legítima defensa, al afirmar que fue excedida la que realizó el procesado Gabriel López Aguilar y estimar que es penalmente responsable.

Con toda razón anota el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal que "el exceso en la defensa está tipificado como delito y sancionado penalmente; de ahí que resulte contradictoria la expresión exceso en la 'legí-

tima' defensa. En manera alguna puede resultar 'legítimo' lo que es contrario a la ley y merece pena..."

Es claro, pues, que los jueces de conciencia calificaron la responsabilidad del nombrado López Aguilar como una defensa punible, por haber sido excedida. Y es sabido que la represión de este comportamiento la señala el artículo 27 del Código Penal.

2) En los negocios en que interviene el Jurado, corresponde a éste apreciar las pruebas según su íntima convicción, en lo cual es absolutamente libre. Unicamente puede el juez de derecho declarar contraevidente el veredicto, lo que no se hizo en este asunto.

Prospera, por lo dicho, la causal segunda de casación. Y como la primera es una consecuencia de aquélla, corre la misma suerte.

Como sólo obran circunstancias de menor peligrosidad, la Sala encuentra correcta la dosificación de la pena hecha por el juzgador de primera instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, INVALIDA parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Santa Marta, de que se ha hecho mérito, a fin de IMPONER al procesado Gabriel López Aguilar la pena principal de dieciséis (16) meses de presidio y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Fidel Lemus Téllez.

En lo demás rige la sentencia recurrida.

Cópiese. notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León, Secretario.

AUTO DE PROCEDER. — CALIFICACION GENERICA DEL HECHO QUE SE IMPUTA AL PROCESADO.

La Corte modifica la doctrina contenida en sentencia de 25 de agosto de 1947 (G. J., T. LXIII, p. 424) sobre supuesta violación del derecho de defensa cuando se especifica el cargo en la parte resolutiva del auto de proceder.

1. El artículo 431 del C. de P. P. dice que "el auto de proceder constará de una parte motiva y de otra resolutiva. La motiva debe contener: ... 3º La calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen... La parte resolutiva contendrá como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva, el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa; sin determinar dentro del género del delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable".

El mandato de que la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen, sólo puede hacerse en la parte motiva del auto de enjuiciamiento, se explica por la razón de que sólo esa parte puede ser modificada en la sentencia condenatoria, si bien en lo que resulte favorable al sindicado. El juez de derecho no puede apartarse, en el fallo condenatorio, de la parte resolutiva de ese proveído enjuiciatorio. Si en éste se incurrió en error "relativo a la denominación jurídica de la infracción...", corresponde declarar nulo lo actuado a partir del auto que calificó el mérito del sumario, de acuerdo con lo que dispone el artículo 198 (Ord. 8º) del Código de Procedimiento Penal. Y solamente esto es lo que cabe disponer en tal caso, pues de no hacerse así, se lesionaría el derecho de defensa del enjuiciado y se quebrantaría la lealtad del juzgamiento, pues se le condenaría por un delito distinto del señalado genéricamente en la parte resolutiva del auto de vocación a juicio; vale decir, por un cargo diferente del que en firme le fue formulado.

No puede el fallo condenatorio tomar en cuenta un género de delito distinto del señalado en la parte resolutiva del auto de proceder, ni circunstancias específicas que agraven la responsabilidad del sindicado no señaladas en la parte motiva de dicho auto.

2. Es cierto que en la parte resolutiva del auto de vocación a juicio proferido en contra del sindicado N. N. se dice que se abre "causa criminal... por el delito genérico de homicidio... consistente en haber dado muerte, con intención de matar, a X. X. ..."; esto es, que se especificó el cargo en el sentido de descartar del género de homicidio las hipótesis de los artículos 365 y 370 del Código Penal: homicidio preterintencional y homicidio culposo, respectivamente. Pero este desacuerdo con lo que señala el inciso 2º del artículo 431 del C. de P. P., apenas constituye una simple irregularidad, no prevista como motivo de nulidad de lo actuado, y ajena totalmente al desconocimiento del derecho de defensa del sindicado.

En efecto:

a) Los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, que indican las causas de nulidad en los procesos penales, no traen alusión alguna a la infracción del inciso 2º del artículo 431 de la misma obra.

b) No existe nulidad constitucional, por infracción a las garantías previstas en el artículo 26 de la Carta, porque la circunstancia de que en la parte resolutiva del auto de proceder proferido contra el recurrente se hablara de homicidio intencional, en nada limitaba el ámbito de la defensa.

¿Impedía esa calificación de los hechos que se profiriera una sentencia condenatoria por homicidio culposo o por homicidio preterintencional (casos en que no existe el animus necandi) en este proceso, si el Jurado, acogiendo las tesis de la defensa —en el supuesto de que hubieran sido expuestas en tal sentido— hubiera proferido un veredicto negando la intención de matar?

Es evidente que no, por dos razones:

1ª Porque en esa hipótesis no resultaría contradicción alguna entre dicha sentencia y la parte resolutiva del auto de proceder que hablara de homicidio intencional, en lo que respecta al género de la infracción, pues en cualquiera de los casos se tiene el mismo delito de homicidio, genéricamente considerado.

2ª Porque en los juicios en que interviene el Jurado, el veredicto de éste es la base de la sentencia. Con este particular ha dicho la Sala que en tales asuntos, "el fundamento inmediato de la sentencia no es el auto de proceder, sino el veredicto del Jurado; es el Tribunal Popular quien determina si los hechos investigados son constitutivos de alguna infracción de la ley penal, y si su autor o autores son responsables ante la misma" (G. J., T. LXV, p. 444, sentencia de 16 de febrero de 1949; y G. J., T. LXX, p. 116, fallo de 17 de julio de 1951).

3. Es cierto que la Corte, en sentencia de 25 de agosto de 1947 (G. J., T. LXIII, p. 424), dice:

"La prohibición contenida en el inciso 2º del Art. 431 del C. de P. P. no debe entenderse como un capricho del legislador. Obedece a consideraciones muy juiciosas acerca del juzgamiento. Porque si se determina la especie del delito en la parte resolutiva, que es aquélla que contiene los lineamientos generales del cargo que la sociedad le hace al sindicado por medio de la rama jurisdiccional del poder público, la defensa, que no es una protección graciosa del Estado sino un derecho que la Constitución ampara y quiere que se desarrolle con la plenitud de las garantías que ella concede, quedaría circunscrita, delimitada previamente y sin ámbito. Refiriéndose al homicidio, por ejemplo, no se podría en la parte resolutiva del auto de proceder hablar de asesinato, porque se calificaría de antemano la infracción. El homicidio es el género, y sus especies son: asesinato, de propósito, culposo, concausal, ultraintencional, piadoso, etc. Esto (especies) es lo que la ley no quiere que se determine en la parte resolutiva del auto de proceder, y parece que la razón, aunque muy concisamente, se acaba de dar".

Pero, de acuerdo con lo que la Sala, en esta oportunidad, deja observado, es del caso rectificar el alcance de la doctrina que se deja transcrita. La actividad de la defensa, aun en el supuesto de que en la parte resolutiva del auto de proceder, contra lo que indica el inciso 2º del Art. 431 del C. de P. P., se hagan especificaciones dentro del género del delito, no queda restringida por razón de tales especificaciones, pues el juez de derecho puede apartarse de ellas, en lo que resulte favorable al enjuiciado, ya sea porque las pruebas del plenario lleven a esa determinación, o bien porque el Jurado, en los juicios en que éste interviene, señala una hipótesis más benigna en su veredicto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, octubre veintiuno 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 el procesado Marco Aurelio Barona González contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de 14 de diciembre de 1964, mediante la cual, al confirmar el fallo de primera instancia del Juzgado 1º Superior de Armenia, ratifica la sanción principal de veintiún años y cuatro meses de presidio, impuesta al recurrente, como responsable de los delitos de homicidio y hurto.

Igualmente fue sancionado Arturo Murillo Giraldo con la pena de dieciséis años de presidio, como responsable de los delitos citados.

Hechos y trámite del proceso

El Juzgado 1º Superior de Armenia hace en el auto de proceder la siguiente síntesis de los hechos:

"Dentro de un sumario que se adelantaba por la muerte violenta del detective Alvaro Chiquillo, se recibió la declaración de la muchacha Blanca Nubia Urrego, quien lanzó grave y directa acusación contra Murillo y Barona, señalándolos como autores del homicidio ejecutado en la persona de Orlando Velásquez. Afirmó la deponente que este crimen había tenido lugar en finca de la señora Rosaura Varón, ubicada en el paraje 'La Ucrania', perteneciente a la jurisdicción de Montenegro, y que estaba en condiciones de indicar el lugar preciso donde habían enterrado el cadáver de dicho ciudadano.

"Se ordenó, entonces, abrir la investigación del caso, la cual, gracias a la eficaz colaboración de la testigo Blanca Nubia Urrego y de otras personas, dio positivos resultados. Se ordenó una diligencia de inspección ocular al sitio de los acontecimientos, a la cual concurrió el Juez de Instrucción en asocio de su secretario y de peritos previamente designados, y también con la asistencia de la señorita Blanca Nubia Urrego. En la finca de la señora Rosaura Varón la testigo fue requerida para que mostrara el lugar donde había sido enterrado el cadáver del campesino Orlando Velásquez. La señorita Urrego indicó un sitio dentro de una sementera de café, plátano, caña y yuca; se hizo allí una excavación hasta descubrir el cadáver de un hombre joven, que presentaba varias lesiones en diferentes partes del cuerpo, el que fue identificado por la testigo como pertenenciente al ciudadano Orlando Velásquez, quien fuera trabajador de la finca 'Quinta de Manzanares' y quien fuera muerto en la semana santa de este año..." (1962) ..." por los señores Marco Aurelio Barona (alias 'El Negro') y por Arturo Murillo Giraldo (alias 'El Loco') ..."

Adelantada la averiguación, con apoyo en los cargos directos que la citada señorita Blanca Nubia Urrego hizo a los nombrados Barona y Murillo Giraldo, respaldados, aun cuando indirectamente, por los testimonios de la señora Rosaura Varón y del señor José Tulio Alzate, el a-quo llamó a juicio a los sindicados el día dieciséis de diciembre de mil novecientos sesenta y dos. De esta providencia cabe transcribir lo siguiente, de la parte resolutiva:

"1º De oficio y por los trámites en que interviene el jurado, ábrese causa criminal a Arturo Murillo Giraldo (a. El Loco) y a Marco Aurelio Barona (a. El Negro), por el delito genérico de homicidio que define y sanciona el C. Penal en el Libro 2º, Título XV, Capítulo I, consistente en haber dado muerte, con intención de matar, al señor Orlando Velásquez, por medio de lesiones que fueron inferidas con armas cortopunzante y de fuego, hecho ocurrido en la finca de la señora Rosaura Varón, ubicada en el paraje 'La Ucrania', jurisdicción del municipio de Montenegro, el día diez y nueve de abril del corriente año de mil novecientos sesenta y dos, habiendo sepultado los delincuentes el cadáver del ofendido dentro de la misma finca".

Agotado el juicio, el Jurado respondió afirmativamente a los cuestionarios que le fueron propuestos, y el juez de derecho, con fundamento en ese veredicto, impuso a los acusados las penas de que se ha hecho referencia.

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público

El señor apoderado del recurrente invoca la causal cuarta de casación.

Dice que en la parte resolutiva del auto de proceder se incurrió en violación del precepto contenido en el artículo 431 del C. de P. P., pues se especificó el delito por el que fue llamado a juicio su mandante, como que en esa providencia se habla de homicidio con intención de matar.

Anota que en esa forma se indicó una infracción al artículo 362 del Código Penal, hecho que está prohibido por el Art. 431 citado. Agrega que su violación "equivale a traspasar los límites del auto de proceder y a quebrantar principios normativos del juicio penal, garantizados por el artículo 26 de la Carta Constitucional que dispone que 'nadie podrá ser juzgado sino mediante la ple-

nitud de las normas propias de cada juicio'. Sobre este particular ha expresado la Corte que 'cuando en el auto de enjuiciamiento se anuncia que el homicidio se ejecutó con sevicia, que vale decir con excesiva crueldad, ya queda determinada la infracción que el Código llama Asesinato. Esa precisa imputación específica no puede puntualizarse en la parte resolutiva del auto de proceder, pues lo prohibe el inciso último del artículo 431 de la Ley 94 de 1938. La calificación genérica del hecho, con las circunstancias que lo especifican, es de rigor hacerla en la parte motiva, según el mismo artículo (numeral 3º)', sentencia de junio 26 de 1944, G. J., T. LVII, p. 638".

Expresa, asimismo, lo que pasa a transcribirse:

"La violación del inciso segundo del comentado artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, consistente en haber especificado en la parte resolutiva del auto de proceder el delito tipo por el cual se llamó a juicio, se extendió al cuestionario que se les formuló a los jueces de conciencia, ante los cuales el Juez Superior de Armenia reprodujo literalmente la parte resolutiva del auto de vocación a juicio afectado de nulidad sustancial. En esta forma no sólo se han violado fundamentos normativos del juzgamiento, sino que se hizo imposible la defensa del acusado, exponiendo a que una respuesta monosilábica de los Jueces de hecho fuese aplicada restrictivamente a una sola especie de los delitos imputados, cuando lo que el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943 exige es que en el cuestionario se conformen los hechos materia de la causa, como los recoge el auto de proceder, 'determinando las circunstancias que los constituyan, sin darles denominación jurídica', y dejando al Jurado en posibilidad de escoger, entre varias especies delictivas, el delito que encontrasen, verdad sabida y buena fe guardada, justamente imputable.

"El cuestionario comentado, dice: 'Cuestión primera: El acusado... es, sí o no, responsable del delito de homicidio, consistente en haber dado muerte con intención de matar y en coautoría con..., mediante lesiones causadas con armas cortopunzante y de fuego, al señor Orlando Velásquez,... habiendo puesto a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad?"

"Los términos del cuestionario transcrito conllevan una limitación a las posibilidades de la defensa, pues circunscribe el debate a un aspecto específico de la criminalidad imputada a Marco Aurelio Barona, cuando, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, no deben aparecer en el cuestionario elementos sicofísicos del delito, puesto que se considera suficiente la sola enunciación de la responsabilidad".

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal estima que en ninguna nulidad se ha incurrido y que, por tanto, no corresponde invalidar el fallo acusado.

Anota el señor Agente del Ministerio Público:

"El auto que considera viciado de nulidad el distinguido recurrente, no adolece del defecto que se quiere predicar, ya que, como se puede observar en la misma demanda de casación, la calificación de la conducta de Barona y Murillo no se hizo en ningún momento consistir en el homicidio agravado, sino que simplemente se destacó la intención de matar, que es la esencia de los delitos sancionados en el Libro II, Título XV, Capítulo I", del Código Penal.

Observa, además, que "de manera taxativa los artículos 198 y 199 del C. de P. P. establecen las causales de nulidad que pueden ser relievantes en los juicios. Y ninguna de ellas, ni se ha invocado, ni se encuentra estructurada".

Dice, por último, que "la sola invocación del artículo 26 de la Constitución Nacional, que establece que 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio...', no puede hacer prosperar una causal de nulidad supralegal, ni alegada, ni probada".

La Sala considera

Corresponde tomar en cuenta lo siguiente, en cuanto al cargo propuesto por el demandante a través de la causal cuarta de casación:

1) El artículo 431 del C. de P. P. dice que "el auto de proceder constará de una parte

motiva y de otra resolutiva. La motiva debe contener: ... 3º, La calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen... La parte resolutiva contendrá como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva, el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa; sin determinar dentro del género del delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable".

El mandato de que la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen, sólo puede hacerse en la parte motiva del auto de enjuiciamiento, se explica por la razón de que sólo esa parte puede ser modificada en la sentencia condenatoria, si bien en lo que resulte favorable al sindicado. El juez de derecho no puede apartarse, en el fallo condenatorio, de la parte resolutiva de ese proveído enjuiciatorio. Si en éste se incurrió en error "relativo a la denominación jurídica de la infracción...", corresponde declarar nulo lo actuado a partir del auto que calificó el mérito del sumario, de acuerdo con lo que dispone el artículo 198 (Ord. 8º) del Código de Procedimiento Penal. Y solamente ésto es lo que cabe disponer en tal caso, pues de no hacerse así, se lesionaría el derecho de defensa del enjuiciado y se quebrantaría la lealtad del juzgamiento, pues se le condenaría por un delito distinto del señalado genéricamente en la parte resolutiva del auto de vocación a juicio; vale decir, por un cargo diferente del que en firme le fue formulado.

No puede el fallo condenatorio tomar en cuenta un género de delito distinto del señalado en la parte resolutiva del auto de proceder, ni circunstancias específicas que agraven la responsabilidad del sindicado no señaladas en la parte motiva de dicho auto.

2. En este negocio, al procesado recurrente se le condenó por homicidio, esto es, por el mismo género de delito por el cual se le llamó a juicio. No existe, pues, contradicción alguna entre la infracción señalada en el auto de proceder y la que se tuvo en cuenta para condenar, genéricamente consideradas.

Otra cosa cabría decir si por caso, se le hubiera enjuiciado por lesiones personales y se le hubiera condenado por homicidio, pues estos delitos pertenecen a géneros diferentes.

3. Es cierto que en la parte resolutiva del auto de vocación a juicio proferido en contra del sindicado Marco Aurelio Barona se dice que se abre "causa criminal... por el delito genérico de homicidio... consistente en haber dado muerte, con intención de matar, al señor Orlando Velásquez..."; esto es, que se especificó el cargo en el sentido de descartar del género de homicidio las hipótesis de los artículos 365 y 370 del Código Penal: homicidio preterintencional y homicidio culposo, respectivamente. Pero este desacuerdo con lo que señala el inciso 2º del artículo 431 del C. de P. P., apenas constituye una simple irregularidad, no prevista como motivo de nulidad de lo actuado, y ajena totalmente al desconocimiento del derecho de defensa del sindicado.

En efecto:

a) Los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, que indican las causas de nulidad en los procesos penales, no traen alusión alguna a la infracción del inciso 2º del artículo 431 de la misma obra.

b) No existe nulidad constitucional, por infracción a las garantías previstas en el artículo 26 de la Carta, porque la circunstancia de que en la parte resolutiva del auto de proceder proferido contra el recurrente se hablara de homicidio intencional, en nada limitaba el ámbito de la defensa.

Impedía esa calificación de los hechos que se profiriera una sentencia condenatoria por homicidio culposo o por homicidio preterintencional (casos en que no existe el **animus necandi**) en este proceso, si el Jurado, acogiendo las tesis de la defensa —en el supuesto de que hubieran sido expuestas en tal sentido— hubiera proferido un veredicto negando la intención de matar?

Es evidente que no, por dos razones:

1ª Porque en esa hipótesis no resultaría contradicción alguna entre dicha senten-

cia y la parte resolutiva del auto de proceder que hablara de homicidio intencional, en lo que respecta al género de la infracción, pues en cualquiera de los casos se tiene el mismo delito de homicidio, genéricamente considerado.

2ª Porque en los juicios en que interviene el Jurado, el veredicto de éste es la base de la sentencia. Con este particular ha dicho esta Sala que en tales asuntos, "el fundamento inmediato de la sentencia no es el auto de proceder, sino el veredicto del Jurado; es el Tribunal Popular quien determina si los hechos investigados son constitutivos de alguna infracción de la ley penal, y si su autor o autores son responsables ante la misma", (G. J. T. LXV, Pág. 444. sentencia de 16 de febrero de 1949; y G. J. T. LXX, Pág. 116, fallo de 17 de julio de 1951).

Así, pues, no quedaba en este negocio constreñida la defensa al ámbito exclusivo de los eventos de homicidio intencional, por el hecho de que se hablara de éste en la parte resolutiva del auto de proceder.

4. Es cierto que la Corte, en sentencia de 25 de agosto de 1947 (G. J. T. LXIII, Pág. 424), dice:

"La prohibición contenida en el inciso 2º del artículo 431 del C. de P. P. no debe entenderse como un capricho del legislador. Obedece a consideraciones muy juiciosas acerca del juzgamiento. Porque si se determina la especie del delito en la parte resolutiva, que es aquélla que contiene los lineamientos generales del cargo que la sociedad le hace al sindicado por medio de la rama jurisdiccional del poder público, la defensa, que no es una protección graciosa del Estado sino un derecho que la Constitución ampara y quiere que se desarrolle con la plenitud de las garantías que ella concede, quedaría circunscrita, delimitada previamente y sin ámbito. Refiriéndose al homicidio, por ejemplo, no se podría en la parte resolutiva del auto de proceder hablar de asesinato, porque se calificaría de antemano la infracción. El homicidio es el género, y sus especies son: asesinato, de propósito, culposo, concausal, ultraintencional, piadoso, etc. Esto (especies) es lo que la ley no quiere que se determine en la parte resolutiva del auto de proceder, y parece que la razón, aunque muy concisamente, se acaba de dar".

Pero, de acuerdo con lo que la Sala, en esta oportunidad, deja observado, es del caso rectificar el alcance de la doctrina que se deja transcrita. La actividad de la defensa, aún en el supuesto de que en la parte resolutiva del auto de proceder, contra lo que indica el inciso 2º del artículo 431 del C. de P. P., se hagan especificaciones dentro del género del delito, no queda restringida por razón de tales especificaciones, pues el juez de derecho puede apartarse de ellas, en lo que resulte favorable al enjuiciado, ya sea porque las pruebas del plenario lleven a esa determinación, o bien porque el Jurado, en los juicios en que éste interviene, señala una hipótesis más benigna en su veredicto.

No prospera, pues, la causal cuarta 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 2º Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León, Secretario.

CONCUSION

Crítica de los testimonios de cargo.— Personalidad de los agentes del delito. — Conducta anterior de los procesados. — En la legislación colombiana, el criterio de responsabilidad penal se basa, en parte, en la peligrosidad social.— Error grave del Tribunal al apreciar falsamente la situación demostrada, en lo tocante con la conducta de los incriminados. — Indebida aplicación de los artículos 36, 37, numerales 15 y 38, numeral 1º del C. P. — Elementos estructurales del delito de concusión. — Delitos contra la Administración Pública. — Causales segunda y primera de casación.

1. De acuerdo con el artículo 156 del C. C. P., la concusión es delito propio, pues requiere que un funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a prometer o dar al mismo funcionario o a un tercero, dinero o cualquiera otra utilidad.

Son, por consiguiente, elementos estructurales de este delito, los que se enuncian a continuación:

1. Un sujeto activo, que ha de ser un funcionario o empleado público o la persona encargada de un servicio público;

2. Un abuso por parte de ese sujeto activo del "cargo" o de la "función", esto es, el abuso de la calidad o de las particulares atribuciones que tiene el agente;

3. Una conducta específica, que consiste en constreñir o inducir a otro —el sujeto pasivo— a dar o entregar dinero u otra utilidad; y

4. Una relación de causalidad entre el acto abusivo del funcionario y la entrega del dinero u otra utilidad, o la promesa de dar o entregar.

2. Los procesados tenían, al momento de ejecutar las actividades denunciadas, el carácter de funcionarios públicos. A ellos se había dado atribuciones precisas. Ambos abusaron de su cargo, esto es, hubo de su parte "una superación de los límites del ejercicio del derecho", ya que fue utilizado en forma contraria al comportamiento que debieron observar. Finalmente, merced a este abuso, constriñeron o indujeron a un tercero a entregar dinero, el que fue realmente recibido.

Conviene traer aquí, para evitar equívocos, alguna cita tomada de la obra del doctor Jesús Bernal Pinzón "Delitos contra la Administración Pública":

Dice así:

"Grispigni distingue entre el sujeto pasivo de la conducta, que sería la persona sobre la cual se desarrolla la acción ejecutiva (constreñimiento o inducción), del sujeto pasivo del daño, que sería la persona titular del bien o interés jurídico perjudicado o puesto en peligro por el delito. En la hipótesis del concusionario que, aprovechando la solidaridad existente entre dos personas, realiza la inducción o el constreñimiento sobre un sujeto para obtener la entrega o la promesa de otro (constriñe o induce) al hijo, para obtener el dinero u otra utilidad del padre".

En este caso, hubo, por tanto, "un sujeto pasivo de la conducta y un sujeto pasivo del daño". Sería el primero la mujer que fue inducida o constreñida directamente a dar o entregar, y sería el segundo el verdadero dueño o poseedor de la mercancía.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, 25 de octubre de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 8 de junio de 1964, condenó a Carlos Camargo Reina y a Carlos Parra Torres, por el delito de concusión, a veintiocho (28) y veinticinco (25) meses de prisión, respectivamente, y sanciones accesorias.

Contra este fallo interpusieron los procesados el recurso de casación. Sustanciado en legal forma, es el momento de decidir.

Antecedentes

De los hechos investigados se han dado dos diferentes versiones. Pertenece la primera a las personas que se han dicho ofendidas con el delito y a algunos testigos de cargo; la segunda a los procesados.

Primera versión

Aparece en varias providencias, en estos términos:

"En las horas de la mañana del diez y seis de septiembre de mil novecientos sesenta y uno, Alvaro Eduardo Vaca Campos se encontraba en los depósitos de licores de su propiedad, situados en la calle 13, número 2-55 de esta ciudad, cuando se le presentó su amigo Alberto Aristizábal a pedirle el servicio de que le permitiera en su camioneta transportar unos bultos de mercancía desde un camión que había llegado de Bucaramanga a otro que viajara a Cali, a lo cual les respondió aquél que como no acostumbraba prestar su vehículo a nadie, podía hacer, en cambio, personalmente el favor, procediendo los dos a transbordar la mercancía, sin que posteriormente les hubiera sido posible encontrar un camión que la trasladara a Cali, no obstante haber recorrido varios sectores de la ciudad para conseguirlo, hasta que resolvieron llevar los bultos al lote de la calle 7ª Sur, número 7A-60, donde vivían Bertilda Herrera v. de Castillo y su hijo Santos Castillo Herrera, conocidos en el barrio como personas de malos antecedentes, lo que movió a Heraclio Pardo, vecino de ese lugar, a llamar por teléfono a su cuñado Carlos Alberto Rodríguez Méndez, empleado del Ministerio de Justicia, con el fin de comunicarle que había visto descargar de una camioneta unos bultos al parecer como mercancía de procedencia sospechosa, por lo cual éste hizo a su vez, una llamada telefónica a las oficinas de la Comisión Investigadora de Orden Público para poner en conocimiento del Jefe, doctor Pedro Uriza Corredor (q.e.p.d.), los hechos ocurridos, pero como éste no se encontraba en esos momentos, recibió el informe el doctor Carlos Camargo Reina, quien ejercía las funciones de Visitador de la División de Vigilancia Judicial, en comisión en Orden Público. El doctor Carlos Camargo Reina procedió entonces a designar a los detectives Baldomero Gómez Pulido y Carlos Parra Torres para prestar el servicio de observación en el lote en referencia, sin que para ello hubiera consultado con su Jefe, doctor Pedro Uriza Corredor, los cuales cumplieron la comisión, por turno, durante las horas de la tarde, hasta que el doctor Carlos Camargo Reina se trasladó personalmente a dicho lugar donde se identificó al cuidandero Santos Castillo Herrera como autoridad, junto con los detectives quienes por orden del mismo doctor Carlos Camargo Reina le presentaron una boleta de ronda que había sido expedida por un "Juez de Instrucción Criminal con destino al allanamiento de la Célula comunista número 24, la que una vez examinada por el citado cuidandero, les permitió la entrada al interior de la pieza, donde efectivamente encontraron unos bultos de cajas de latas que contenían sardinas, en vista de lo cual solicitaron el nombre de la persona que los había llevado allí, obteniendo el de Alvaro Eduardo Vaca Campos, la dirección y el número del teléfono. El doctor Carlos Camargo Reina y el detective Carlos Parra se trasladaron en seguida a la calle 13, número 2-55, para conversar con Alvaro Eduardo Vaca Campos sobre la mercancía que acababan de decomisar, y como no lo encontraran, le dejaron dicho que unos detectives habían venido con tal fin y que más tarde volverían. Enterado Alvaro Eduardo Vaca Campos de la presencia de los detectives, llamó a José Godoy para pedirle que se trasladara al lote donde estaban los bultos guardados y averiguara lo que ocurría, regresando éste poco des-

pués a comunicarle que allí estaba el doctor Carlos Camargo Reina con unos detectives, quienes decían que los costales contenían sardinas de contrabando, por lo cual decidió Alvaro Eduardo Vaca Campos localizar a su dueño Alberto Aristizábal para que personalmente aclarara su procedencia, y como no lograra conseguirlo, cerró su oficina y se dirigió a su casa de habitación situada en la calle 13-A número 21-80 de esta ciudad. Mientras tanto, el doctor Carlos Camargo Reina volvió nuevamente con el mismo detective al depósito de Alvaro Eduardo Vaca Campos, donde fue atendido por Blanca Nohemí Vélez de Muñoz, a quien le hicieron saber que querían arreglar con el propietario de la mercancía que habían descubierto como de contrabando, y al preguntarles ella de qué mercancía hablaban, le respondió el doctor Carlos Camargo Reina que se trataba de treinta y cinco cajas de sardinas que cada una contenía cien latas y, por lo mismo, deseaba un arreglo con el dueño para evitarle perjuicios. Entonces Blanca Nohemí Vélez de Muñoz llamó por teléfono a Alvaro Eduardo Vaca Campos para decirle que los detectives estaban en su oficina e insistían que él se presentara, pasando en el acto al aparato uno de ellos que dijo ser agente secreto del "DAS", quien le dijo que no querían perjudicarlo y que lo convenible era arreglar personalmente, respondiéndole Alvaro Eduardo Vaca Campos que no podía aceptar la entrevista porque no había encontrado al propietario de la mercancía, en tanto que le preguntaba que si la persona con quien hablaba por teléfono era el doctor Carlos Camargo Reina, el cual le contestó que sí, insistiéndole éste, a la vez, que se vieran esa misma noche para llegar a un acuerdo, y como aquél se negara a ello, se convino que conversara con su inquilina Nohemí Vélez de Muñoz, a lo cual el doctor Carlos Camargo Reina le manifestó entonces que lo que él quería era plata, pidiendo la suma de cuatro mil pesos para permitir sacar la mercancía que tenía decomisada, solicitándole aquélla que le hiciera una rebaja, que luego se vino a convenir que fuera por dos mil quinientos pesos, los que deberían ser entregados esa noche en el lote en referencia. Como Blanca Nohemí Vélez de Muñoz no tenía ese dinero, solicitó mil pesos en préstamo a Luis Herrera y doscientos pesos a Amanda Moncada, concubina de Alvaro Eduardo Vaca Campos, y en la camioneta de propiedad de este último y manejada por su esposo Jaime Muñoz se dirigió en compañía de José Godoy Rivas, Fideligno Castro y Amanda Moncada a la casa de Luis Herrera a recibir el dinero que le había ofrecido prestar por teléfono, hecho lo cual tomaron vía en dirección al lote de la calle 7 sur, número 7-A-60, donde la esperaba el doctor Carlos Camargo Reina y el detective Carlos Parra Torres como se había convenido. En presencia de Fideligno Castro y Amanda Moncada, porque José Godoy Rivas se había apeado del vehículo a distancia prudencial para prevenir cualquier dificultad y Jaime Muñoz se disponía a aparcar la camioneta dentro del lote, procedió Blanca Nohemí Vélez de Muñoz a entregar al doctor Carlos Camargo Reina la suma de mil doscientos pesos en dinero efectivo y el cheque número 2-A. 366052, por la suma de mil trescientos pesos, girado a cargo del Banco de Colombia, Sucursal San Victorino, para garantizarle el pago posterior de dicha suma. hecho lo cual ordenó el doctor Carlos Camargo Reina cargar la camioneta con los bultos de mercancía, la que tomó luego rumbo desconocido. En el transcurso de la semana siguiente, tanto el doctor Carlos Camargo Reina como el detective Carlos Parra Torres se dieron a la tarea de exigir el pago del cheque en referencia, unas veces llamando por teléfono a Blanca Nohemí Vélez de Muñoz y otras acudiendo personalmente a los depósitos de Alvaro Eduardo Vaca Campos, todo ello con una insistencia o pertinacia llevada a tales extremos, que obligó a éste último a comunicarle lo que sucedía a Pablo Emilio Sierra Gordillo, Sargento Segundo de la Policía, quien le informó, a su vez a los agentes secretos del F-2, distinguidos con las placas 03 y 06, los cuales le comunicaron a su turno, al Teniente Luis Francisco Ospina Cubillos y, por su parte, éste al capitán Gabriel Cancino, Jefe del Departamento del F-2, el que solicitó por intermedio de la Jefatura del Estado Mayor de

la Policía Nacional al Director del "DAS" un detective en comisión para investigar las exigencias de dinero hechas por dos personas que se decían agentes de la autoridad, siendo designado el detective número 679. El Teniente Luis Francisco Ospina Cubillos, los Agentes Secretos número 03 y 06 del F-2 y el detective 1679 del "DAS", previa información del Ministerio de Justicia, se trasladaron en compañía del doctor Silverio Suárez Pineda, Jefe de la División de Vigilancia Judicial, y del fotógrafo oficial Serafín Vargas Sánchez, a la casa de la calle 13, número 2-55 de esta ciudad, con el fin de poder identificar a las personas que habían recibido dinero con el carácter de detectives de manos de Blanca Nohemí Vélez de Muñoz y reclamaban el pago de un cheque que ésta les giró para completar la suma total de dos mil quinientos pesos con el propósito de obtener la entrega de la mercancía decomisada como de contrabando. Mientras esto ocurría con los funcionarios oficiales, Blanca Nohemí Vélez de Muñoz cobraba en un Banco la cantidad de quinientos pesos en billetes de a cien pesos, distinguidos con la siguiente numeración: 4128034, 8399659, 007476, 7058370 y 4916081, la que le fue anotada previamente al doctor Silverio Suárez Pineda. Una vez en el interior de la casa situada en la calle 13 número 2-55, en las horas de la mañana del veintisiete de septiembre de mil novecientos sesenta y uno, llegó el detective Carlos Parra Torres a solicitar a Blanca Nohemí Vélez de Muñoz la entrega del dinero pendiente, respondiéndole ésta que lo haría cuando se presentara con su compañero, a lo cual manifestó aquél que no podía ir por estar en una reunión importante, lo que no era óbice para que se lo diera a él, toda vez que era su hermano y en modo alguno le iba a quitar su participación. Como Blanca Nohemí Vélez de Muñoz insistiera en su negativa, el citado detective se retiró para regresar a eso de las tres y media de la tarde en compañía del doctor Carlos Camargo Reina, quien entregó el cheque a aquélla y al mismo tiempo recibió la suma de quinientos pesos en billetes de a cien pesos y distinguidos con los números arriba anotados, hechos que presenciaron desde el sitio oculto que ocupaban el doctor Silverio Suárez Pineda, el Teniente Luis Francisco Cubillos, los agentes secretos números 03 y 06 del F-2, el detective número 1769 y el fotógrafo Serafín Vargas Sánchez, quien logró tomar unas fotografías en momento en que conversaban el doctor Carlos Camargo Reina y Blanca Nohemí Vélez de Muñoz. Recibido el dinero en la forma descrita, el doctor Carlos Camargo Reina y el detective Carlos Parra Torres se retiraron de aquel lugar, seguidos por los funcionarios mencionados. Los primeros se dirigieron a las oficinas de la Comisión Investigadora de Orden Público y los segundos al Ministerio de Justicia, donde informó el doctor Silverio Suárez Pineda lo sucedido, cuando se presentó el doctor Pedro Uriza Corredor, y anotó los números de los billetes recibidos por el doctor Carlos Camargo Reina, para luego dirigirse a sus oficinas, donde le exigió a éste último que le entregara el dinero que acababa de recibir, sacando entonces el doctor Carlos Camargo Reina de uno de los bolsillos tres billetes de a cien pesos que en el acto se los dio al doctor Pedro Uriza Corredor, coincidiendo exactamente su numeración con la que se le había suministrado anteriormente. En seguida hizo lo mismo este funcionario con el detective Carlos Parra Torres, de quien recibió dos billetes de cien pesos que correspondían también a la numeración anotada". (Fls. 49 al 53 del Cuad. 4º).

Segunda versión

La da Camargo Reina, en su indagatoria:

"Hace aproximadamente quince o veinte días, me encontraba en estas oficinas de la Comisión Nacional de Orden Público, en las horas de tarde, me parece, cuando ocurrió una llamada telefónica, preguntaban por el doctor Pedro Uriza Corredor, Jefe de la Comisión Nacional de Orden Público, como él no se encontraba se lo manifesté a la persona que llamaba, al mismo tiempo le manifestaba que qué se le ofrecía y que de parte de quién, entonces esa persona me respondió: es de parte de "Carlos Rodríguez", le conocí inmediatamente la voz como la de Carlos Rodríguez, el encargado de muebles del Ministerio de Justicia; le dije: "habla con Camargo Reina, que se te ofrece", él me contestó: "tengo un dato muy

importante referente a una mercancía que entraron a un lote situado en la calle 7 Sur entre carreras 7ª y 8ª, esa mercancía, seguramente la sacarán de allí en el término de horas; "me dio Carlos Rodríguez un número de teléfono que no recuerdo, diciéndome: "precisamente frente a ese número o a donde corresponde ese número, se encuentra el lote". Yo inmediatamente pensé que se trataba de un asunto de armas, y si no estoy equivocado, procedí inmediatamente a designar unos agentes secretos, los señores Baldomero Gómez y Carlos Parra, para que se dirigieran en mi compañía a ese lugar, con el fin de chequear la veracidad de la información, estuvo primero Carlos Parra, yo me dirigí para mi casa, porque ahora recuerdo que fue en las horas de la mañana la llamada telefónica, se fue Baldomero Gómez para la casa a almorzar; regresó Baldomero a esta oficina aproximadamente a las tres de la tarde y se me hizo extraño que no se hubiera quedado en la calle 7ª a relevar a Parra. Entonces le dije a Baldomero: "camina vamos y relevas a Parra prestando el servicio de observación. Efectivamente me dirigí en compañía de Baldomero a la calle 7ª sur, estuvimos chequeando movimientos de gentes por esos sectores. inclusive que se nos hizo sumamente extraño que el Sargento Roberto Florido, bajara por esa calle 7ª Sur con un maletín. entonces pensamos que bien hubiera podido darse cuenta Florido de mi presencia allí y resolví enviarle a Carlos Parra a que lo hiciera identificar como pretexto de averiguarle por el contenido del maletín, cuestión que realizó Parra; se comprobó que el Sargento Florido residía (sic) a media cuadra del lote referido por el informante. Como Parra estuviera fatigado y sin almorzar, siendo aproximadamente las cinco o cinco y media de la tarde, resolvimos no dilatar más la cuestión y penetrar o mejor golpear la puerta del inmueble; salió un muchacho cuyo nombre no lo recuerdo a quien le manifestamos que íbamos a practicar una ronda; el muchacho vio la boleta que tenía Parra y que había sido expedida por uno de los dos Juzgados de Instrucción en la cual se hablaba que los agentes portadores podían practicar ronda en busca de armas y otros elementos aptos para el terrorismo en una dirección que no recuerdo y los lugares que se estimaren convenientes. El muchacho, repito, leyó la orden de ronda, la analizó cuidadosamente y por último nos dijo: "bien, pueden entrar". Registramos las piezas con detenimiento y en una de ellas encontramos unos bultos entre costales nuevos, preguntándole de inmediato al muchacho de quién eran esos bultos y qué contenían. Para estos momentos serían las seis o seis y media de la tarde, porque el muchacho le había puesto demasiado (sic) misterio a la cuestión y no quería dejar rondar. El muchacho manifestó que esos bultos los había dejado un señor Alvaro, el apellido no lo recuerdo y que contenía sardinas, salimos y le preguntamos al muchacho por la dirección o por el número del teléfono del tal Alvaro y efectivamente el muchacho hijo de la señora dueña del inmueble nos dio la dirección y el número del teléfono del tal Alvaro. Procedimos inmediatamente a salir del inmueble en compañía de Baldomero Gómez, dejándole servicio a Carlos Parra con el fin de que las mercancías no fueran a ser sacadas de allí, hasta ese momento no sabíamos qué contenía la mercancía, pero en todo caso al haber escuchado la información del hijo de la dueña del inmueble no le dimos credibilidad y comentamos con Baldomero Gómez, al tacto se tocó por encima y se notó como duro, como latas, no serán revólveres comentamos, y esto se encuentra dentro de las cajas de lata?, o en algunos de esos otros bultos, que se encuentran debajo?, "en todo caso nosotros salimos con Baldomero Gómez hacia la dirección que nos había suministrado el joven, llegamos allí, ya era tardecito, preguntamos por el tal Alvaro y una señora nos respondió que no se encontraba, entonces le dijimos: "nosotros lo necesitamos con urgencia, con el objeto de que nos dé una información". La señora manifestó que quizá esa noche no lo podíamos encontrar, comenzó a dar una serie de explicaciones infantiles. Optamos por despedirnos y colocarnos cerca a la casa con el fin de vigilar la entrada de algún individuo para proceder a identificarlo y si era, conducirlo al lugar donde se encontraban los bultos. Ya como a las ocho de la

noche regresamos al lugar en donde se encontraban las mercancías, entramos al lote y preguntamos a Parra, a la viejita dueña del lote y al muchacho si no había llegado el tal Alvaro, respondiéndonos negativamente. Ante esto, y teniendo en cuenta que el muchacho nos había contado que por la mercancía esa había quedado de ir Alvaro, en las horas de la tarde, pensamos que el tipo había maliciado la cuestión y resolvimos hacerlo llamar por teléfono del muchacho hijo de la dueña del inmueble para que le dijeran que se presentara allá, que no le iba a pasar nada, efectivamente el muchacho llamó y pudo obtener contacto con el tal Alvaro, y el tal Alvaro me dijo en seguida voy para el lote, esto serían las ocho y media de la noche; esta actitud la tomamos, en razón de que si se trataba de armamentos, éste se hallaba prácticamente en nuestro poder, pero conocida la persona propietaria del mismo y si no era armamento, entonces Alvaro iría al lote y explicaría el contenido de los bultos. "Nos cansamos de esperar la llegada de Alvaro y no concurrió, entonces resolvimos regresar a la dirección de Alvaro para preguntarle nuevamente en forma personal, salió una señora gorda, me parece que de nombre Amanda y dijo: "Alvaro no ha llegado, entonces le dijimos: Señora ya es tarde, queremos saber qué contienen unos bultos que se encuentran en el lote del señor fulano de tal", le dimos el nombre y la señora dijo: pues esas son sardinas y él tiene las facturas, entonces le dijimos: "por qué no nos acompaña, vamos al lote y destapamos los bultos, si son sardinas no hay ningún problema, si son otras cosas, entonces su marido ya estará perfectamente descubierto, por razón de que tenemos suficientes pruebas de que él llevó las mercancías allí. La señora dijo: creo que las facturas las tiene allí en la oficina, y al efecto fuimos a la oficina presentándonos a continuación a otra señora que allí se encontraba de nombre Blanca. Amanda dijo: "Pues Blanca tiene conocimiento de esto y ella les podrá también explicar. Entonces le dijimos: "pero ustedes tienen papeles que le acrediten la propiedad de las mercancías llevadas por Alvaro a la calle 7ª? Blanca dijo que sí, y agregó: Hagamos una cosa, váyanse ustedes para allá, que nosotros le caemos con absoluta seguridad y llevamos los papeles de propiedad". Ya era bien entrada la noche, nos regresamos, estaba Baldomero conmigo, al lugar anteriormente indicado, allí esperamos y como a la hora llegaron la señora Blanca, la señora Amanda, el tal Alvaro y otros señores en una camioneta de color verde. A continuación Blanca me mostró unas facturas, me dijo: "mire, esta mercancía es legal y es fabricación nacional. Efectivamente ya estando ellos allí, se abrió una de las cajas o bultos, costales, se constató que eran cajas de cartón y que por dentro contenían latas de sardinas, se observaron y decían: "atún u otro nombre de pescado, Barranquilla Industria Colombiana". Ante esto comentamos con los detectives: "este dato resultó chimbo" y les dije a los señores que habían entrado: "bueno perdonen ustedes y que van a hacer ahora", dijeron: pues nosotros para evitarnos líos nos vamos a llevar esa mercancía, entonces le dimos la autorización para que lo hicieran y mientras unos cargaban nosotros y las señoras nos dirigimos a buscar un café donde tomarnos un tinto, porque estaba haciendo mucho frío, encontramos una tienda situada en la carrera 8ª, entre calles 6ª y 7ª abierta, penetramos allí y dijo alguna persona: "mas bien tomémonos un trago para calentarnos", así lo hicimos, ingerimos, me parece, dos copas de licor cada uno de los que estábamos allí y salimos del establecimiento diciéndoles que nos habíamos trasnochado y que nos íbamos a continuación. Antes de despedirnos, habiendo ido nuevamente hasta el lote, nos dijo la señora Blanca: "a ustedes sí que les toca pesado, se trasnochan y si todas las cosas son como estas pierden su tiempo, yo los admiro. Nos dijo la señora que fuéramos allá el día siguiente o cuando tuviéramos tiempo, que cuál era el doctor Camargo Reina, le dije: "pues soy yo", entonces le dije que por qué motivos sabía que yo estaba en el grupo de detectives, entonces la señora dijo que porque el chofer de la camioneta que había pasado por ahí por frente al lote, cuando nosotros esperábamos la llegada de Alvaro, me había identificado, le dije pues estoy para servirle. "Dijo, vaya a las oficinas de Alvaro y cuando necesi-

te del Whisky o Brandy, se lo podemos vender a precio módico, además queremos obsequiarle unas botellitas dijo, aun cuando sean de vino; "No recuerdo, si a los dos o tres días de haber hecho la ronda, fuimos a la oficina de Alvaro que parece un importador de licores, nos encontramos con Blanca y le dijimos: "pues venimos a lo que nos dijo", entonces Blanca nos expresó que no les había llegado aún el trago pero que volviéramos. "Como yo tuviera efectivamente una fiestecita en mi casa con motivo de un cumpleaños de una persona de mi familia, mandé después, no recuerdo si a Parra o a Baldomero a donde la señora Blanca a que le preguntara el valor del trago y de paso me dijera qué había habido del ofrecimiento que nos había hecho. Entonces fue el muchacho detective, me parece que fui yo también y Blanca dijo: qué pena pero aún no me ha llegado el vinito, y que en cuanto al whisky y al brandy, que eso arreglábamos que al fin y al cabo íbamos a ser buenos amigos. La mujer se mostraba como insinuante en esas dos veces, en las cuales estuve charlando con ella. Pasó el cumpleaños del familiar y no se pudo llevar el trago. En el día de hoy, le dije a Parrita, el detective: "hombre llama a la vieja a ver qué hubo del trago", refiriéndome a Blanca, entonces ella le dijo: "véngase que ya le tengo su encargo". Se fue el muchacho, quiero aclarar, que le puso una cita para las tres de la tarde me parece, el muchacho se fue seguramente a cumplir la cita. Lo cierto es que yo recibí una llamada telefónica de Parra en la cual me decía: "doctor, véngase que la señora Blanca le quiere hacer la entrega en forma personal". Le dije: "hombre estoy muy ocupado; Parra dijo: "véngase que la señora está muy interesada en que usted esté presente, le dije". "bueno, entonces yo voy; efectivamente, me dirigí hacia allá y me encontré con Parra que había salido, penetramos a la oficina de Blanca y entonces nos dijo: "les quedé mal con lo que les había prometido, pero en todo caso tome esta platica que se la doy sin ningún interés, únicamente como retribución por lo que les quedé mal". Cogí el dinero que eran cinco billetes de a cien pesos, o sean quinientos pesos ($ 500.00) y los hechó (sic) al bolsillo, en ese momento pensé que era una gran cantidad, pero al mismo tiempo reflecioné, (sic) a esta gente le va divinamente en los negocios y me puse a meditar, como yo no tengo ningún negocio con esta gente, mejor esas gentes no han tenido pleitos con la justicia, ni me voy a vender, ni estoy cohechando a nadie, ni estoy recibiendo dádivas en razón de actos que deba ejecutar, los recibí. Salimos con Parra, debo aclarar que en un papel, antes le di mi dirección, el número del teléfono y le dije: "a ella puede preguntar por Camargo o por Parra para cuando se le ofrezca alguna cosa. La señora Blanca dijo: "está bien, y salimos a la calle. Nos vinimos con Parra para esta oficina, cuando de pronto recibí una llamada telefónica del doctor Uriza, en que me decía: "no se vaya por ningún motivo, espéreme". Tiempo después llegó el doctor Uriza, me dijo: en forma sorpresiva, entrégueme el dinero, le dije cuál dinero, dijo, el que tiene en el bolsillo", en ese momento deduje perfectamente la comedia y la trama de que había sido víctima porque el doctor Uriza también tenía en su poder un papel con el número de los billetes de a cien pesos que me habían regalado; entonces saqué del bolsillo tres billetes de a cien pesos porque yo le había dicho a Parra: "esta plata nos la dan a los dos, anteriormente yo no había visto nada de malo al recibirla. Le entregué los billetes y a continuación entraron o no recuerdo, si estaban presentes dos señores miembros del F-2 que hicieron las pesquisas y encontraron las bombas en el barrio Restrepo; delante de ellos les hice entrega de los billetes al doctor Uriza Corredor".

El mismo día, 27 de septiembre de 1961, Alvaro Eduardo Vaca Campos "compareció al Despacho del Juzgado Octavo de Instrucción Criminal, con el fin de formular denuncia en materia penal" contra Carlos Camargo Reina y Carlos Parra Torres, por los hechos narrados.

Prontamente se adelantó la investigación. El 30 de septiembre de 1961, el Juez 8º de Instrucción Criminal ordenó la detención preventiva de los sindicados y el secuestro y embargo de sus bienes. Posteriormente, el Juez 14 de Instrucción Criminal revocó, por auto de 13 de noviembre de 1961, la

detención preventiva de Camargo Reina y Parra Torres, a quienes concedió "la libertad inmediata e incondicional".

El doctor Luis Córdoba Jiménez, "especial Agente del Ministerio Público", apeló el auto anterior. Y el Tribunal Superior de Bogotá, en auto de 25 de agosto de 1962, revocó el dictado por el Juez 14 de Instrucción Criminal y ordenó reducir nuevamente a prisión a los incriminados.

El día 20 de noviembre de 1962, el Juez Noveno Superior dictó auto de proceder contra Carlos Camargo Reina y Carlos Parra Torres, "como coautores del delito de concusión cometido el dieciséis de septiembre de mil novecientos sesenta y uno, a eso de las once de la noche, a corta distancia del sitio marcado con el número 7-A-60 de la calle séptima sur de esta ciudad".

Contra este auto no se interpuso ningún recurso. Adelantado el juicio, celebradas audiencias y, recibidas, dentro de las mismas, algunas declaraciones, el Juez Noveno Superior, en sentencia de 15 de julio de 1963, absolvió a los procesados de los cargos que se les habían hecho.

El Fiscal del Juzgado apeló de este fallo. Revisado por el Tribunal Superior, fue revocado en la sentencia condenatoria contra la cual se ha interpuesto el recurso de casación, que ahora se resuelve.

Demanda de casación

Los apoderados de Carlos Camargo Reina, como Carlos Parra Torres, presentaron las respectivas demandas de casación. En ellas se hace igual relato de lo acaecido, se aducen las mismas causales de casación y se exponen idénticos fundamentos de hecho y de derecho, para pedir la invalidación del fallo acusado. Ello quiere decir que, en realidad, examinadas una de esas demandas, queda de hecho estudiada la otra, si bien teniendo en cuenta las variaciones pertinentes.

Hechos

En ambas demandas, se da escasa importancia a los episodios que se cumplieron en las horas de la tarde del 16 de septiembre de 1961, y en los cuales se asigna parte activa a los sindicados Camargo Reina y Parra Torres. En cambio, se explica la ocurrencia del 27 de septiembre de 1961, en estos términos:

"En tal día, el doctor Camargo Reina, en compañía del detective Carlos Parra Torres, por sugerencia de Blanca Vélez de Muñoz, acudió a la calle 13, número 2-55, con el fin de recibir unas botellas de vino que ésta le había ofrecido como obsequio, pero en lugar del licor le entregó la suma de quinientos pesos, en cinco billetes de a cien pesos, dinero que le fue entregado posteriormente al doctor Uriza Corredor (Andrés León Murcia, 382, Carlos Camargo Reina, 14 y 303, Carlos Parra Torres, 63 v., Baldomero Gómez, 115). Pero este dinero fue recibido por el doctor Camargo Reina con el ánimo de cumplir su cometido de hacerse a la confianza de los contrabandistas, en ningún caso como fruto de una concusión.

La misma suma irrisoria indica que una brillante carrera del doctor Camargo Reina no iba a liquidarse vendiéndose por una suma insignificante, echando a perder todo un pasado cargado de méritos y frutos opimos en pro de la justicia. Pero esta entrega fue el resultado de una celada, con testigos escondidos, en la cual cayó aparentemente el doctor Camargo Reina. Y héteme aquí condenado al doctor Camargo Reina, como si toda una vida invaluable de servicios en investigaciones importantes pudiera entregarse por una suma irrisoria.

Mas para el Tribunal este incidente apenas fue confirmatorio de la concusión, que se realizó en dos tiempos:

El 16 de septiembre de 1961 "procedió Blanca Nohemí Vélez de Muñoz a entregar al doctor Carlos Camargo Reina la suma de $ 1.200.00 en dinero efectivo y el cheque número 2A-366052, por la suma de $ 1.300.00 pesos, girado a cargo del Banco de Colombia, Sucursal de San Victorino, para garantizarle el pago posterior de dicha suma".

Y el 27 de septiembre de 1961, el doctor Carlos Camargo Reina recibió de Blanca Vélez de Muñoz "la suma de $ 500.00 en billetes de cien pesos".

Causales de casación

Dos fueron las causales de casación propuestas por los apoderados de Camargo Rei-

na y Parra Torres; la segunda y la primera de las señaladas en el artículo 567 de C. de P. P.

Se dice sobre la causal segunda:

"Por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les atribuyó a los que indicaré un valor probatorio que no tienen, o se les negó el que sí tienen, y no se tuvieron en cuenta otros que también señalaré a pesar de estar acreditados en el proceso. Y estos hechos o pruebas fueron elementos constitutivos del delito y determinantes de la responsabilidad y de las sanciones, debiendo haber sido fundamentos de la absolución del acusado doctor Carlos Camargo Reina.

Y luego sobre la causal primera:

"El Tribunal violó los artículos que le sirvieron de base a la condena, en lugar de aplicar los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal, que ordenan absolver cuando no hay prueba plena de la infracción y de la responsabilidad o cuando hay siquiera duda sobre el cuerpo del delito o la culpabilidad del sindicado'.

Causal segunda

Planteada la discusión en los anteriores términos, enseña el actor que "el Tribunal basa su sentencia condenatoria, que revoca la absolutoria de primera instancia, en cinco clases de pruebas, cuatro indicios y prueba documental, a saber:

"a) El doctor Carlos Camargo Reina recibió el 27 de septiembre de 1961, en las horas de la tarde, quinientos pesos, en cinco billetes de a cien pesos, y le devolvió a Blanca Nohemí Vélez de Muñoz, un cheque que antes le había dado ésta".

"b) 'No pudieron demostrar los incriminados los 'móviles para esa recíproca entrega' de los quinientos pesos por parte de la mujer y del cheque por parte de Camargo Reina".

"c) 'La procedencia de la mercancía y su destino final', que fueron los de amparar un contrabando, constituyen otro indicio de concusión".

"d) Está probado que Carlos Camargo Reina y Carlos Parra Torres 'constriñeron, presionaron, indujeron a Blanca Nohemí Vélez de Muñoz... para que entregara el dinero, cosa que hizo, junto con un instrumento negociable".

"e) Con prueba documental está demostrado el carácter de empleados públicos de los incriminados".

A ellos replica:

"En contra de las afirmaciones y conclusiones del Tribunal, me propongo demostrar que están probados estos indicios de la inexistencia de la infracción y, por tanto, de la inocencia del doctor Carlos Camargo Reina:

"a) No está probada la entrega de los quinientos pesos con fruto de concusión ni la del cheque como contraprestación, el 27 de septiembre de 1961".

"b) Está perfectamente justificado el recibo de los quinientos pesos por parte del doctor Carlos Camargo Reina".

"c) La mercancía era nacional y no de contrabando, pero el doctor Carlos Camargo Reina tuvo serias sospechas de contrabando de armas, por la personalidad y los antecedentes de los protagonistas".

"d) No está probado el recibo de los $ 1.200.00 en dinero ni del cheque por $ 1.300.00".

"e) La personalidad de los protagonistas abona la inocencia del doctor Carlos Camargo Reina".

Limitada la situación de hecho en la forma que se deja visto, el demandante procede a demostrarla, mediante una transcripción parcial de pruebas.

A) "Blanca Nohemí Vélez de Muñoz —afirma el libelo— es la declarante que hace el cargo, cuando dice que: 'a las cuatro de la tarde le entregué quinientos pesos a Camargo Reina en dinero efectivo...' '...en ese momento Camargo me entregó este cheque y yo le entregué la plata dicha..."

Camargo Reina no entregó el cheque a Blanca de Muñoz, el 27 de septiembre de 1961.

Pues bien. El cheque que obra en este expediente "fue escrito como parte de una treta por Blanca Vélez de Muñoz, pero no fue devuelto por Camargo Reina a la dicha mujer. Camargo Reina sí recibió los quinientos pesos, ya se verá luego por qué; para inspirarles confianza a los miembros de

la banda y descubrir los hechos ilícitos en que con razón suponía que estaban cometiendo".

Y para sostener que Camargo Reina no devolvió a la Vélez de Muñoz el mencionado cheque, hace el actor, en primer término, algunas consideraciones, que lo llevan a afirmar la no entrega, en ningún momento, del mencionado instrumento, por parte de la incriminante a Camargo Reina, y en consecuencia, la no devolución del mismo documento por éste a aquélla, en la tarde del 27 de septiembre de 1961.

Según la demanda, las pruebas no demuestran la entrega del cheque por parte de Camargo Reina a Blanca Nohemí Vélez de Muñoz. De ellas se desprende, en cambio, que Camargo Reina, al recibir los quinientos pesos dio a Blanca Nohemí un papel, en el que se había escrito un número y el nombre de "Alberto", como lo acepta ésta, en la diligencia de inspección ocular de Fls. 163 a 169 del Cuaderno 1º.

Silverio Suárez Pineda, uno de los declarantes de cargo (Fls. 20 del Cuaderno 1º) dice al respecto que "apenas alcancé a ver que charlaron breves momentos (los sindicados) con la señora Blanca en uno de los ángulos del patio de la casa y que a la señora le entregó un cheque el doctor Camargo Reina y ella a su turno le entregó cinco billetes, charlaron algo más y salieron luego de la casa".

En otra oportunidad, Suárez Pineda pudo darse cuenta "del momento en que el señor doctor Camargo Reina le hizo entrega (a Blanca) de un papel que al ir a desenvolverlo y observarlo advertí que tenía las características de un cheque y ella, a su turno, es decir, doña Blanca le entregó al doctor Camargo Reina cinco billetes..." "El papel, agrega el declarante, tenía todas las apariencias de un cheque. Es claro que yo no lo ví de cerca sino desde el lugar en que me encontraba observando el curso de los acontecimientos..."

Finalmente, en un careo entre Suárez Pineda y Camargo Reina, el primero dice:

"... fui muy claro en sostener que en el acto en que el doctor Camargo Reina le entregó a la precitada señora un papel y ella lo desenvolvió había podido advertir que se trataba de un instrumento que tenía todas las apariencias de un cheque..." "Dije que tenía las apariencias de un cheque y un tinte color rosado, pero también absolviendo una pregunta que se me hizo en el sentido de si era el mismo cheque que obra en los autos, manifesté que no lo podría afirmar, como que no tuve oportunidad de verlo de cerca y consecuencialmente de leer su contenido".

Viene luego la crítica de las declaraciones del Teniente Luis Francisco Ospina y del detective Nº 1679, quienes presenciaron la entrega de Camargo Reina a Blanca de Muñoz de un papel y de ésta a aquél de la suma de quinientos pesos ($ 500.00).

Ospina manifiesta que "sí pude apreciar la entrega del cheque, es decir, de un documento del tamaño y las características de un cheque, alcancé a apreciar su color rosado. La señora Blanca lo recibió doblado, lo leyó, volvió a doblarlo y lo guardó".

En diligencia de inspección ocular al sitio en donde se entregó el dinero a Camargo Reina, "el Agente Secreto Nº 1679 dice que estuvo detrás de esta ventana, en el momento en que tal vez entregó algo el doctor Carlos Camargo Reina a la señora Blanca y que no pudo concretar qué era".

Los testigos actuarios, en cambio, afirman que "sí es posible apreciar desde ese sitio o distinguir la entrega de billetes y claramente se observa de un papel que podría ser o no un cheque".

Por último, las declaraciones de Camargo Reina y Parra Torres "confirman más, si cabe, la circunstancia de la no entrega del cheque".

El primero dice: "es completamente falso que se hubiera girado cheque, pues es la primera vez que yo veo ese documento, claro que ellos contarían en el plan con ese hecho". Y luego: "... el día de los hechos únicamente le entregué un papel con una dirección y el número de un teléfono, casi igual por sus características al instrumento que aparece en este proceso".

Y el segundo manifiesta: Blanca le entregó a Camargo quinientos pesos y éste "sacó un papel del bolsillo y se lo entregó a la señora, o sea, a Blanca"; el papel "era un poco más o menos de grande como el papel que se me pone de presente" (el cheque); y "lo referente a lo dicho en el papel que se en-

contró en poder de la señora Blanca fue escrito por puño y letra mío con el número del teléfono de la Comisión Investigadora de Orden Público y con el nombre de Alberto..."

Vistas así las pruebas, afirma el actor que "la entrega del papel distinto al cheque resulta absolutamente indubitable" y que, como consecuencia de ello, el primer indicio, o sea, la entrega del cheque por Camargo Reina a Blanca de Muñoz, no está demostrado. "En cambio, está probado plenamente la entrega del otro papel".

B) Para el apoderado de Camargo Reina, el recibo de los quinientos pesos "está perfectamente justificado..."

Lo anterior tendrá su fundamento en las siguientes razones:

1º) De acuerdo con lo que se acaba de decir, no está demostrada la entrega del cheque a Blanca de Muñoz.

2º) No hay equivalencia de valor entre el valor del cheque —$ 1.300.00— y la suma de $ 500.00 recibida, pues entre ellas hay una diferencia de $ 800.00.

3º) El doctor Camargo Reina explica suficientemente las razones que tuvo para recibir el dinero de Blanca de Muñoz.

Que Camargo Reina recibió los quinientos pesos ($ 500.00) de que se trata es un hecho plenamente demostrado, así: con las declaraciones del mismo sindicado y con el dicho de Parra Torres.

Camargo Reina dice, en efecto: que Blanca de Muñoz le entregó la suma de quinientos pesos ($ 500.00) en billetes de a cien pesos ($ 100.00) cada uno; que él los recibió, pues pensó en aquel momento que esas personas no tenían pleitos, "ni me voy a vender, ni estoy cohechando a nadie, ni estoy recibiendo dádivas en razón de actos que deba ejecutar"; que no tuvo ánimo "de perjudicar en lo más mínimo la recta administración de justicia"; que no es cierto que hubiera exigido dinero a esa señora, como es falso que ella le hubiere girado un cheque.

En una primera ampliación de indagatoria se reafirma en lo dicho, pero agrega; que "recibía ese dinero, no como lo hacen la mayoría de funcionarios... por perjudicar la administración de justicia, sino por mis condiciones de pobreza".

En otra ampliación de indagatoria, Camargo Reina vuelve sobre sus explicaciones anteriores y acepta haber recibido los quinientos pesos ($ 500.00) de Blanca de Muñoz, porque al momento de hacerlo se vio en el dilema de "se lo recibía y entonces habría una mayor confianza entre los dos, o no se lo recibía y entonces terminaba mi pesquisa en ese momento". Además, tenía el plan de "conquistar a Blanca, de tal manera que no me interesaba que ella postergara para una u otra fecha la entrega de lo que me había prometido". Aquel dinero, finalmente, sería reintegrado "cuando la investigación por armamento o las pesquisas tuvieran éxito o de lo contrario serían devueltos a su propietario".

En una última exposición, Camargo Reina sostiene que al entregar a Parra doscientos pesos ($ 200.00) de lo recibido a Blanca de Muñoz, "yo hice figurar que a título de obsequio porque convenía que inclusive el mismo Carlos Parra no se diera cuenta de lo que yo estaba pensando". El dinero sería devuelto oportunamente a su dueña y tanto que "si el señor Parra no me hubiera devuelto el dinero para cuando se hubiera producido uno de dos eventos (fracaso de la investigación o éxito de la misma), pues lógicamente yo los hubiera puesto de mi bolsillo y los había reintegrado".

Por su parte, Carlos Parra Torres, en indagatoria, manifiesta que se me interroga "por el asunto de una gratificación que nos dieron al doctor Carlos Camargo Reina y a mí".

Para concluir el actor expresa:

"El Tribunal trata de 'mentirosos', en forma inaceptable, a los acusados, y afirma que 'no pudieron ponerse de acuerdo en los pasos esenciales' de sus exposiciones. Eso es falso y la lógica queda por los suelos con el agresivo análisis. Ellos esperaban que la señora Vélez de Muñoz les daría unos vinos como gratificación; desde el principio obraron con la sospecha fundada de la conducta antisocial de las personas que aparecían como interesadas en la mercancía; no se ve contradicción 'en los pasos esenciales' de las declaraciones de los acusados, leyéndolas sin ánimo preconcebido. Todo porque el Tribunal parte de la base de que Camargo Reina le devolvió el 27 de septiembre el cheque por los $ 1.300.00, recibiendo en cambio los qui-

nientos pesos; y ya se vio que esa circunstancia no aparece demostrada en el proceso".

C) "La mercancía era nacional —dice la demanda— y no de contrabando". Pero Camargo Reina perseguía un contrabando de armas, ya que sospechaba de las personas que se movían dentro de este asunto.

Con el examen de las declaraciones que se recibieron dentro de tan extenso expediente, llega el apoderado a la conclusión dicha.

Entre estos testimonios están el careo entre Vaca Campos, denunciante, y Camargo Reina, la declaración de Blanca Nohemí Vélez de Muñoz, la de Jaime Muñoz, esposo de la anterior, de Santos Castillo, el joven que vigilaba la mercancía, de Baldomero Gómez Pulido, uno de los detectives al servicio de Camargo Reina, en aquella diligencia, de Dévora Morales v. de Baena, de Heraclio Pardo, de Carlos Alberto Rodríguez y de Andrés León Murcia. Desde luego, se tiene a la vista las indagatorias de Camargo Reina y Parra Torres.

Y termina:

"En vista de estas probanzas, es imposible aceptar las suspicaces conclusiones del Tribunal, sacadas a punta de conjeturas inadmisibles. De las declaraciones, leídas sin ánimo preconcebido, lo que se deduce es que las sardinas no "tenían procedencia ilegal"; que los declarantes no se pusieron en connivencia para mentir; pero que la conducta de los protagonistas en ningún momento dejó de ser sospechosa. Nótese que en esa noche del 16 de septiembre no apareció mayor cosa de la vigilancia e investigación; pero ya al día siguiente, con el informe de Andrés León Murcia se reafirmaron las sospechas y prosiguió la vigilancia de personas cuyos actos aparecían poco francos ante las autoridades".

D) Afirma el demandante, al sustentar este cargo que "no está probado el recibo de los $ 1.200.00 en dinero y del cheque por $ 1.300.00".

Y agrega: "Dice el Tribunal que 'el doctor Camargo Reina y el detective Carlos Parra Torres constriñeron. presionaron, indujeron a Blanca Nohemí Vélez de Muñoz y con ella a la parte que representaba, para que entregara el dinero, cosa que hizo, junto con un instrumento negociable'. 'Y esta circunstancia no está acreditada'."

Para llegar a la anterior conclusión hace el actor un análisis detallado de las declaraciones rendidas por Blanca Nohemí Vélez de Muñoz, Alvaro Vaca Campos, Luis Herrera, Jaime Muñoz, José Godoy, Fideligno Castro y Santos Castillo, y luego, de las de Camargo Reina, Parra Torres y Gómez Pulido.

Inexplicable la conducta de Blanca Nohemí Vélez de Muñoz, en el caso a estudio. "Ella que estaba menos vinculada a Aristizábal que Vaca Campos, que no había tenido negocios con él, que no era amiga suya, no podía arriesgar en esa dudosa operación la cuantiosa suma de mil doscientos pesos, a menos que quisiera tener un extraño gesto de filantropía para con Alberto Aristizábal. Ella, que ni siquiera se dio cuenta de cuando ni para donde se llevaron las mercancías, no podía invertir mil doscientos pesos en ese asunto corriendo el riesgo de que nunca le fueran devueltos", anota la acusación.

"Y cómo se explica —agrega que los mil pesos que se los dieron en préstamo 'un señor Luis' que no sabe si vive en el Barrio Restrepo o en el Santander?"

De otra parte, la misma Vélez de Muñoz "en una parte dice que el arreglo lo hizo por mil doscientos pesos, y al final de su segunda exposición asegura que ya son "mil setecientos pesos", fuera de que no explica con exactitud en qué sitio hizo la entrega de la mencionada suma de dinero, pues primero afirma que fue en el acto mismo del arreglo y luego, que durante la escena de la noche, cerca al depósito.

Para terminar la crítica a la declaración de esta mujer, se vuelve en la demanda, sobre la no entrega del cheque, varias veces mencionado.

Sobre la declaración de Alvaro Vaca Campos se anota que carece de valor por dos motivos: 1º Porque, al preguntarle "quién le formuló a usted el interrogatorio, quien le hizo las preguntas, el Juez o el Secretario? Contestó: 'El Secretario'; y 2º Porque él sólo declara sobre lo que ha oído a la señora Blanca de Muñoz".

Se advierten en la testificación algunas divergencias con la de Blanca Nohemí Vélez de Muñoz.

La exposición de Amanda Moncada, concubina de Vaca Campos, también merece las

críticas del apoderado de Camargo Reina, pues ella, a más de incurrir en contradicciones, no es, "responsiva, exacta y completa".

La declaración de Luis Herrera —sostiene la demanda— "es mendaz, porque no es creíble que le hubiera dado en préstamo esa suma, que no es pequeña, a esas horas de la noche, a una mujer que apenas hace referencia 'a un señor Luis que no sabe siquiera en qué barrio vive'."

Jaime Muñoz, esposo de la señora Blanca, es otro declarante que se encuentra en franca contradicción con Fideligno Castro, testigo presencial de la entrega de dinero por parte de la señora Blanca al doctor Camargo Reina: "pues él (Fideligno) sí pudo darse cuenta de que los billetes eran de a veinte pesos, y el resto eran billetes de a cinco y diez pesos".

José Godoy Rivas afirma haber presenciado el préstamo que hizo Herrera a Blanca. Pero no la entrega del dinero a Camargo Reina, porque se quedó a alguna distancia del sitio en donde ello se cumplió.

"El testimonio (de Fideligno Castro) no merece crédito pues el testigo manifiesta no saber sobre qué hechos declara, no sólo porque depone sobre los billetes 'por haberlo oído a otros' (Art. 698 del C. J.), sino porque 'se contradice notablemente' (Art. 701 ibídem)".

Por último, "Santos Castillo Herrera (Fls. 144 y 347) no presenció 'La entrega del dinero y del cheque', como el Tribunal mismo lo reconoce, aunque si depone sobre el hecho de que después de sacar la mercancía se fueron ella, el dueño de la mercancía y el de la camioneta por la carrera séptima y Amanda, el doctor y los dos detectives por la carrera octava".

Al estudiar las exposiciones de Camargo Reina, Parra Torres y Gómez Pulido, el demandante sostiene que ellas, provenientes de personas de limpios antecedentes, demuestran que, en realidad, no hubo coacción, ni inducción siquiera de parte de los procesados, para que se les entregara determinada suma de dinero y el cheque por $ 1.300.00.

Finalmente, el apoderado hace notar "que no hay dos versiones exactas sobre el momento antes de la entrega del dinero y sobre el momento de esa entrega", como lo estimó el juzgado de la primera instancia:

"Sobre lo ocurrido momentos antes de la entrega de dinero por parte de Blanca al doctor Camargo Reina no hay dos versiones iguales: Blanca no menciona ningún detalle referente a la forma como se produjo el rescate de las mercancías; Amanda Moncada dice que Muñoz se quedó cargando la mercancía en la camioneta, en tanto que ella, Blanca y Fideligno Castro se retiraban una cuadra hasta donde estaban los detectives y que esperaron allí a que la camioneta se fuera para entregarles el dinero; y discrepa con los demás testigos en cuanto a la hora, porque dice que 'eso fue el sábado a la madrugada, para amanecer el domingo'; José Godoy solamente se dio cuenta de que Jaime Muñoz fue a sacar las mercancías, puesto que él se quedó a dos o tres cuadras de distancia y luego se fue aproximando poco a poco al grupo formado por Blanca, Amanda y los detectives; Santos Castillo Herrera dice que llegaron al lote Amanda de Vaca, el señor dueño de la mercancía (?), a quién no le sé el nombre y los dos detectives; que tan pronto se fue la camioneta 'todos tres' dijeron que podían sacar la mercancía y que después de esto el detective delgadito le mostró una factura o licencia que no alcanzó a leer; y una vez que le obsequiaron dos pesos por haber ayudado a cargar la camioneta, 'se fueron a esperar a la señora Amanda', quien había intervenido personalmente en todo eso; que una vez cargada la camioneta se fueron en ella el dueño de la mercancía (?) y el de la camioneta por la carrera séptima, en tanto que Amanda, el doctor y los detectives tomaban la carrera octava; pero para Bertilda Herrera v. de Castillo, madre de Santos Castillo allí no estuvieron mas que éste y el chofer de la camioneta. Jaime Muñoz tampoco menciona ningún extraño y dice que tan pronto los detectives lo autorizaron para cargar la mercancía se dirigieron hacia la esquina diciéndole a Blanca que allá les entregara el dinero" (Fl. 274 del C. 2).

"Sobre el momento de la entrega del dinero —dice el Juzgado— también hay notables discrepancias entre los testigos que se dicen presenciales: Según Blanca Nohemí Vélez de Muñoz ese episodio lo presenciaron Amanda, Fideligno Castro y posiblemente José Godoy; según Amanda Moncada, allí sólo estaban presentes fuera de ella y

Blanca, Fideligno Castro, pues José Godoy llegó cuando prácticamente culminaba este episodio; José Godoy dice que cuando él se acercó al grupo preguntó:"¿ya arreglaron?" y Blanca le contestó: "Sí, ya está arreglado el asunto"; Fideligno Castro dice que vio cuando Blanca le contó el dinero a uno de los tres detectives quienes estaban esperando" a la vuelta, por la carrera octava" (esto contradice la versión de Santos Castillo sobre movimientos y ubicación de los detectives en el momento de llegar las dos mujeres)". (Fl. 274 del C. 2º).

E) En este aparte, se analiza la personalidad de los sindicados, así como la de algunas de las personas que aparecen en el grupo de cargo.

"La personalidad de los incriminados —dice el señor apoderado de Parra Torres— es ampliamente conocida y sobre ello no es preciso insistir, pues en el proceso consta la notoriedad del doctor Camargo Reina como funcionario pulcro y eficiente de larga trayectoria al servicio de la justicia. En cuanto a Carlos Parra Torres, aunque no gozaba de la nombradía de Camargo, está demostrado que siempre honesta, laboriosa, sin mancha alguna y que también venía prestando sus servicios al Estado, con eficiencia y pulcritud.

No así los personajes que los acusan y sobre ello se aportó abundante prueba al proceso. Alvaro Vaca Campos aparece señalado insistente y concretamente como contrabandista de armas y como ex-miembro de entidades que en otros tiempos ganaron tenebrosa fama. Blanca Nohemí vélez de Muñoz era su protegida, como que a ella y a su marido los sacó de la miseria. Tenían, pues, razones de sobra para ser solidarios con él, José Godoy Rivas y Fideligno Castro eran prácticamente empleados de Alvaro Vaca, pues de los negocios de éste obtenían su modus vivendi. Ana Bertilda Herrera y su hijo Santos eran esposa e hijo, respectivamente, de un conocido hampón que fue quemado vivo por sus propios compinches. Luis Herrera fue el socio de Alvaro Vaca en las actividades ilícitas de que habla el ex-empleado de aduanas Andrés León Murcia. Amanda Moncada era la concubinaria de Alvaro Vaca y sobre sus antecedentes de prostitución se presentó alguna prueba en la audiencia.

Así, pues, enfrentada la personalidad de los incriminados a la de quienes los acusan, resulta evidente que aquéllos merecen credibilidad por su personalidad, por sus antecedentes morales, por su condición de servidores del Estado. Y enfrentadas también las versiones de unos y otros, aquéllos resultan ganadores porque en sus dichos hay armonía, unidad, verosimilidad y lógica, aparte de que muchas de sus aseveraciones encuentran respaldo en los hechos que se hallan probados plenamente. No así las atestaciones de sus detractores, llenas de contradicciones, inexactitudes e incongruencias como las llama el Tribunal".

Causal primera

En ambas demandas se sostiene que el Tribunal Superior de Bogotá violó, con su sentencia condenatoria, los artículos 203 y 204 del C. de P. P., pues como se vio "no hay en el proceso, legalmente producidas la prueba de la concusión ni de la responsabilidad por parte del doctor Carlos Camargo Reina", como tampoco "por parte de Carlos Parra Torres".

Fuera de lo anterior, el Tribunal violó los artículos 156 del C. P., lo del Decreto 2148 de 1951, 36, y 37 y 780 del C. P. y disposiciones concordantes.

Conclusión

Como consecuencia de lo anterior, los apoderados de Camargo Reina y Parra Torres, cuyas razones y argumentos son idénticos, solicitan que se invalide el fallo acusado, y en su lugar, se absuelva a sus representados.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero en lo Penal, en amplio estudio, algunos de cuyos apartes serán transcritos, en su oportunidad, conceptúa que no debe casarse la sentencia impugnada, porque no se ha demostrado ninguna de las causales de casación propuestas. No la segunda, ya que de las alegaciones de las partes no se desprende que el Tribunal hubiera incurrido en grave o protuberante error en la apreciación de las pruebas; no la primera, pues que la aplicación de las normas sustantivas y de proce-

dimiento ha sido correcta, como que ella corresponde a las demostraciones procesales.

Consideraciones de la Corte
Causal segunda
Primer cargo

Afirma la demanda que no se ha demostrado que Carlos Camargo Reina hubiera entregado, el 27 de septiembre de 1961, a Blanca Nohemí Vélez de Muñoz, el cheque por valor de $ 1.300.00, que días antes había dado ésta a aquél.

Se responde:

Los hechos de que da cuenta este expediente se cumplieron en dos momentos distintos, así:

a) El 16 de septiembre de 1961, en las horas de la noche, cerca al local número 7-A-60 de la calle 7ª Sur; y b) El 27 de septiembre del mismo año, en las horas de la tarde, en la casa número 2-55 de la calle 13, en esta ciudad.

Según las pruebas aportadas y apreciadas por el Tribunal, Camargo Reina, recibió, en el primer momento, de manos de Blanca Nohemí Vélez de Muñoz, la suma de $ 1.200.00 y el cheque número 2-A-366052 contra el Banco de Colombia, Sucursal de San Victorino, por valor de $ 1.300.00, para liberar alguna mercancía que se encontraba guardada en un lote de la calle 7ª Sur, bajo la vigilancia de algunos agentes de la autoridad. En el segundo momento, y en atención a los mismos elementos de juicio, admitió el Tribunal la devolución por parte de Camargo Reina a Blanca Nohemí Vélez de Muñoz, del cheque que de ella había recibido y la aceptación por el mismo de la suma de $ 500.00, en billetes de a $ 100, que dicha señora le entregó.

A este segundo episodio se refiere el cargo. Sostiene el actor que, de acuerdo con la prueba, Camargo Reina no entregó tal cheque a la Vélez de Muñoz, y sí, en cambio, un papel de escasa significación.

No se ha negado, en forma alguna, que Camargo hubiera recibido de Blanca de Muñoz los $ 500.00. Por el contrario, los tomó y los guardó para sí, según explicaciones en las indagatorias. Los billetes habían sido controlados previamente, por su numeración. No era posible, pues, negar el hecho de haberlos recibido. Parte de ese dinero —$ 200.00— fue a manos del detective Carlos Parra Torres.

Al analizar el segundo cargo contra la sentencia, se verán las explicaciones que Camargo Reina da sobre este hecho.

Pero, entregó realmente Camargo Reina a Blanca de Muñoz el cheque por $ 1.300, que figura a Fls. 9 del C. 1º de este expediente?

La prueba es francamente comprometedora. Podrían dejarse de lado las declaraciones de personas que se dicen interesadas en crear dificultades al procesado y habría, no obstante, elementos de juicio suficientes para aceptar que tal situación sí se presentó.

En efecto, Alvaro Eduardo Vaca Campos, uno de los comprometidos en el negocio de la mercancía, hizo saber al Teniente Luis Francisco Ospina Cubillos, por medio del Sargento Gordillo y de algunos detectives, que Camargo Reina y Parra Torres hacían exigencias indebidas a Blanca Nohemí Vélez de Muñoz. Tal el motivo para que Ospina, de acuerdo con empleados del Ministerio de Justicia, se dispusiera a crear la situación propicia para establecer la verdad de la información.

En compañía del doctor Silverio Suárez Pineda, Jefe de la División de Vigilancia Judicial, de los Agentes Secretos, números 03 y 06, del detective número 1679 y de un fotógrafo oficial, el Teniente Ospina Cubillos fue a la casa número 2-55 de la calle 13, de Bogotá, en donde permaneció hasta el momento mismo en que se hizo presente allí el doctor Carlos Camargo Reina, conversó breves instantes con Blanca de Muñoz y le entregó luego un papel, que los declarantes Suárez Pineda y Ospina Cubillos identificaron como un cheque, porque "tenía todas las apariencias" de tal. La Vélez de Muñoz abrió el papel que recibía, pues estaba doblado —y en ese instante los testigos apreciaron sus dimensiones y color— y a renglón seguido, puso en manos de Camargo los cinco billetes de a cien pesos cada uno.

Los declarantes mencionados no aseguran que el cheque que figura en el expediente sea el entregado por Camargo a Blanca, antes de recibir el dinero, pero sí encuentran que hay correspondencia entre aquél y éste. Tal detalle, lejos de desacreditar su testimonio, concurre a fortalecerlo.

Se ha dicho, empero, que el papel entregado por Camargo Reina a Blanca de Muñoz no fue el cheque que obra en estos cuadernos, sino un pequeño papel en donde se había escrito el nombre de "Alberto" y el número de un teléfono.

Sobre el particular, es de advertir que los declarantes hablan del cheque, porque apreciaron las dimensiones y el color rosado del papel que entregó el procesado a Blanca de Muñoz. De donde se desprende que no era posible la confusión del papel-cheque con el otro papel, que es de pequeña dimensión y de color blanco, con rayas apenas perceptibles a corta distancia.

El dicho de Suárez y de Ospina aparece reforzado con lo establecido en la diligencia de inspección ocular practicada al lugar en donde tuvo ocurrencia la entrega del cheque. Ellos, en efecto, habían observado, desde su escondite, los movimientos de Camargo Reina y de Parra Torres, frente a la dueña de la habitación, a eso de las cuatro de la tarde. Y se demostró que, todavía a las seis de la tarde, con escasa luz, se podía distinguir exactamente lo mismo que se había establecido en hora más propicia.

Sin que pueda negarse, de otra parte, la posibilidad de que Camargo Reina hubiera entregado a Blanca de Muñoz, en la misma escena, y con diferencia de segundos, otro papel, distinto al cheque en cuestión.

A este respecto, el señor Fiscal del Tribunal dice, en su concepto, lo que sigue:

"El doctor Enrique Cipagauta Galvis, apoderado del sindicado Camargo Reina, le pregunta a la testigo Blanca de Muñoz, luego de la intervención del doctor Suárez Pineda en dicha diligencia y durante la misma: "Si la tarde de los hechos materia de esta inspección ocular el doctor Camargo Reina entregó a ella un papel con la dirección, teléfono y el nombre del señor Alberto Parra, y en caso afirmativo, en dónde se encuentra ese papel". Y la señora contestó: "El papel es éste". Y en el acto presentó el papel que se describe allí, en que figura el nombre de "Alberto" y que fue agregado al informativo. Y Blanca de Muñoz agregó: "ahí mismo en el patio".

"Pero al preguntarle el instructor a la señora 'en qué momento fue que el doctor Camargo Reina le entregó el cheque a que usted ha aludido en su declaración y ampliación de las mismas' (sic), contestó la testigo: "El me lo entregó antes de yo entregarle la plata'."

"Ahora bien, el detective Carlos Parra Torres, enterado ahí mismo de lo acabado de ocurrir y queriendo explicar el por qué de figurar el nombre de "Alberto" en ese papel, expresó:

'Referente a lo dicho en el papel que se encontró (sic) en poder de la señora Blanca, fue escrito por puño y letra mío con el número del teléfono de la Comisión Investigadora de Orden Público y con el nombre de Alberto por la sencilla razón de que siendo Agente Secreto y estar en curso de investigación con el doctor Carlos Camargo Reina, no me era debido ni dar mi nombre propio ni mucho menos el número de la placa' (Fl. 172).

"Con lo cual, de rechazo, el detective Parra Torres confirma lo aseverado por Blanca de Muñoz acerca del detective 'moreno delgadito' que se hacía llamar 'Alberto', obsérvese bien. Pero no es a esta incidental comparación a lo que estoy aludiendo; sino que conociendo perfectamente el papel escrito de su puño y letra el detective Parra Torres, es el mismo quien ha dicho al Folio 94, a propósito de los quinientos pesos que Blanca de Muñoz acababa de entregarle al doctor Camargo Reina en su presencia: 'Entramos nuevamente a la casa de la señora Blanca y ésta lo saludó muy amable y le dijo: 'Doctor, yo le voy a dar esto que le dejó el señor de la mercancía, habiéndole entregado la suma de quinientos pesos ($ 500.00) en billetes de a cien pesos'." Y agrega seguidamente: 'Y el doctor Camargo sacó un papel del bolsillo y se lo entregó a esa señora o sea a Blanca'."

"Pregunto: Este "papel" y el que "se encontró (sic) en poder de la señora Blanca", o sea el escrito por Parra Torres, ¿es un solo y mismo papel?

"Con un 'no' rotundo contesta el propio Parra Torres ese interrogante. Verifiquémoslo:

"El instructor le pregunta a Parra Torres: 'Sírvase usted decir si el papel que dice que vio que entregó el doctor Camargo Reina a la señora Blanca ¿lo había tenido usted anteriormente en su poder? Y contestó Parra Torres: 'No doctor'.

Y Parra Torres explica de seguida, en disimulada confesión del delito: '...porque si lo hubiera tenido la señora me hubiera dicho 'tome llévele la plata', la que en ese momento había sido entregada al doctor Camargo Reina". Y agrega, en evidente actitud defensiva: 'hasta ese momento pude darme cuenta de qué era lo que le iban a dar al doctor Camargo Reina'.

"Torna a preguntarle el instructor a Parra Torres: 'Sírvase usted decir más o menos qué características tenía el papel que entregó el doctor Camargo Reina a la señora Blanca? Contestó: Era un papel doblado más bien pequeño'.

"Y poniéndole de presente 'el cheque de autos', el investigador nuevamente le pregunta al detective:

'Sírvase decir si el papel a que usted se ha referido que entregó al (sic) doctor Camargo Reina a la señora Blanca, sería éste o tenía semejanza a él?' Y Parra Torres contestó: 'Sí doctor era poco más o menos de grande como el papel que se me pone de presente". En seguida del texto anterior se lee entre paréntesis: "(El cheque de autos se le ha mostrado y lo toma en sus manos el indagado y lo dobla en cuatro partes, para indicar que esa era poco más o menos la forma como entregó el papel el (sic) doctor Camargo Reina a la señora Blanca y el tamaño del mismo". (Fls. 96 a 97).

"Está, pues, de bulto que se trató de dos "papelitos", uno de los cuales el cheque visto por el doctor Silverio Suárez Pineda y el Teniente Ospina, que fue entregado por el doctor Camargo Reina a la señora Blanca de Muñoz "antes" de que ésta pusiese en manos de él los quinientos pesos; y el otro "papelito", escrito de su puño y letra por el detective Parra Torres con el nombre "Alberto", es decir, el mismo que entregó la señora de Muñoz al instructor durante la inspección ocular, el mismo a que se refiere también dicha señora al folio 172 cuando al responder a una pregunta del Agente Especial del Ministerio Público, doctor Luis Córdoba Jiménez, expresó: "El papelito me lo entregó el doctor Camargo Reina en el mismo momento en que yo le entregué la plata ahí en el mismo punto y en el mismo sitio cuando nos estábamos despidiendo ya para irse".

¿Cuál, entonces, la razón para que Suárez Pineda y el Teniente Ospina Cubillos no hubieran tomado nota de algo que tiene su importancia, especialmente dentro de la demanda de los apoderados de Camargo y de Parra?

¿Y por qué el detective número 1679 no distinguió exactamente lo que entregó Camargo Reina a Blanca de Muñoz?

En las siguientes frases del concepto del señor Procurador se resuelve el primer interrogante:

"Ahora bien examinadas las cosas desde otro ángulo, es debido afirmar que ninguna importancia reviste el hecho de que declarantes como el doctor Suárez Pineda, el teniente Ospina y el detective número 1679 no hubieran testificado que Camargo Reina le entregó a la señora de Muñoz dos papeles distintos.

"Y carece de significación probatoria tal circunstancia por la sencilla razón de que la entrega del simple papel, no del cheque, fue hecho que, por haber ocurrido, como lo asegura la señora de Muñoz, cuando Camargo Reina y ella se estaban despidiendo, "ya para irse", no les interesaba presenciar al doctor Suárez Pineda, al Teniente Ospina ni al detective, pues la comprobación de la picardía denunciada por Alvaro Vaca Campos a la policía y de la cual supo también el Ministerio de Justicia, ya se había hecho".

Y en lo que toca con la falta de apreciación por el detective número 1679, baste decir que no todas las personas tienen la misma capacidad de observación, de una parte, y de la otra, que este agente se encontraba, posiblemente, en plano distinto al que ocupaban Suárez Pineda y Ospina Cubillos.

Podrá asegurarse, por tanto, frente a lo que se acaba de decir, que incurrió el Tribunal Superior de Bogotá en grave error, al apreciar las pruebas que señalan el hecho de la entrega de un cheque por parte

de Camargo Reina a Blanca de Muñoz, en las circunstancias de tiempo y de lugar que se dejan descritas? No lo estima así la Corte. La prueba, provocada, es cierto, está demostrando la existencia de aquella circunstancia.

Segundo cargo

El demandante sostiene que se justifica el recibo de los $ 500.00, por parte de Camargo Reina.

Tal aserto se apoya en tres razones: a) La no demostración de la entrega del cheque por Camargo a Blanca de Muñoz. b) Las explicaciones del incriminado demuestran que nada ilícito había en la recepción de aquel dinero, que volvería a su dueño, caso de fracasar la investigación que adelantaba, o al funcionario competente, si ella tenía éxito; y c) La no equivalencia de valor entre el cheque por $ 1.300.00 y la suma recibida, que alcanzó sólo a $ 500.00.

Se responde:

a) Se acaba de decir, al examinar el primer cargo, que la prueba acumulada demuestra la "recíproca entrega del cheque por parte de Camargo Reina y de los $ 500 por parte de Blanca de Muñoz. No es, en consecuencia, el caso de volver sobre lo mismo.

b) Las explicaciones de Camargo Reina, así como las de Parra Torres, no son satisfactorias, ni justifican el recibo de dinero.

Camargo Reina no es concreto, ni constante en su explicación. Así, en su primera indagatoria, admite que recibió los $ 500.00, porque consideró que ello era lícito, ya que esas personas no tenían pleitos, "ni me voy a vender, ni estoy cohechando a nadie, ni estoy recibiendo dádivas en razón de actos que deba ejecutar", fuera de que no quiso "perjudicar en lo más mínimo la recta administración de justicia".

En una segunda declaración sin juramento, dice: "recibía ese dinero no como lo hacen la mayoría de los funcionarios... por perjudicar la administración de justicia, sino por mis condiciones de pobreza".

En otra ampliación de indagatoria, indica que tenía un plan para "conquistar a Blanca, de tal manera que no me interesaba que ella postergara para una u otra fecha la entrega de lo que me había prometido", y entonces se encontró ante este dilema: o "se lo recibía y entonces habría una mayor confianza entre los dos, o no se lo recibía y entonces terminaba mi pesquisa en ese momento".

Finalmente, sobre la entrega a Parra Torres de $ 200.00, trae esta explicación:

"...yo hice figurar que a título de obsequio porque convenía que inclusive el mismo Carlos Parra no se diera cuenta de lo que yo estaba pensando". Pero en todo caso el dinero sería devuelto oportunamente, a su dueño o al funcionario que conociera de la investigación que pensaba adelantar, "y si el señor Parra no me hubiera devuelto el dinero para cuando se hubiera producido uno de esos dos eventos, pues lógicamente yo los habría puesto de mi bolsillo y los había reintegrado".

El Tribunal no dio crédito a estas explicaciones, por su falta de constancia, por la contradicción que se advierte entre algunas de ellas, por su escasa seriedad y también por su no admisión por parte del sindicado Parra.

Este, en indagatoria, manifiesta que se le interroga "por el asunto de una gratificación que nos dieron al doctor Camargo Reina y a mí"; que "habiendo llegado al Juzgado le dije doctor como yo no alcancé a ir a cambiar mi cheque por qué usted no me presta doscientos pesos... habiendo dicho el doctor Camargo que no había problema que me los prestaba mientras yo mañana cambiaba el cheque"; que "yo me había dado cuenta de que eso era para los dos, no había problema, él me dijo así: "no hay problema yo se los presto porque esa plata como no (sic) la dieron a los dos. Aclaro que solamente me dijo: "yo se los doy'; que él sabía que Camargo buscaba un "dato con relación a artefactos explosivos"; que el dinero se recibiría para "investigar qué clase de patraña era la que querían hacer con nosotros".

No tenía, como se ve, el Tribunal una base seria para aceptar las explicaciones de los sindicados. Y si ello es así al rechazarlos, no incurrió en gran error de apreciación.

c) Es cierto que no hay equivalencia entre el valor que reza el cheque —$ 1.300.00— y la suma recibida —$ 500.00—.

El cheque fue recibido en horas de la noche por Camargo Reina. Estaba arbitrariamente escrito, en forma tal que bien pudo darse cuenta su poseedor de su inutilidad. Se había dado orden de no pagarlo. El tenedor del instrumento no se había presentado a cobrarlo. Serían estos los motivos para que se aceptara como contraprestación por su entrega, la suma de quinientos pesos? Nada de extraño tendría.

No está, por demás, copiar algunos interrogantes que se hace el señor Procurador sobre el destino de esos $ 500.00. Dice:

"¿Por qué no entregó Camargo Reina, por propia iniciativa e inmediatamente después de haberlos recibido, los quinientos pesos a su inmediato superior, si es cierto que con su acción de aceptar de Blanca de Muñoz tal suma, propiamente no pretendía obtener para sí un provecho, sino ganarse más bien la confianza de dicha mujer y de los compinches de éste?

"¿Por qué razón repartió con su compañero en el delito esos mismos quinientos pesos, si es cierto que al recibirlos no dejó de contemplar —como el propio Camargo lo dice— la posibilidad de tener que reintegrar a su dueño dicho dinero, en caso de que lograra, al realizar todos los planes que se proponía como acucioso investigador, establecer que la señora Vélez de Muñoz y Alvaro Vaca Campos formaban parte de una banda de contrabandistas de armas?"

Tercer cargo

Sostiene el actor que "la mercancía era nacional y no de contrabando". Pero Camargo iba tras un contrabando de armas, pues sospechaba de las personas mezcladas en este asunto.

Se responde:

Efectivamente, Alvaro Vaca Campos y Luis Herrera "estaban signados como sujetos que comerciaban en objetos de contrabando, tales como armas y también sardinas, al decir del declarante Andrés León Murcia". A la oficina del primero se habían hecho rondas en ocasiones anteriores y se practicaron igualmente después de las ocurrencias narradas en este proceso...

El cargamento que fue encontrado en el lote de la calle 7ª Sur, llegó allí en la camioneta manejada por Vaca Campos. Al saber Camargo Reina y los detectives que lo acompañaban el sitio en donde se había depositado aquella mercancía, procedieron a vigilarlo y se dieron a la tarea de localizar a Alberto Aristizábal, presunto dueño de ella, y al que la había llevado allí.

No aparecieron estos sujetos, pero en cambio, actuaron otros personajes —Blanca Nohemí Vélez de Muñoz, Amanda Moncada, Luis Herrera, José Godoy R., Fideligno Castro y Jaime Muñoz— todos vinculados en alguna forma a Vaca, con el propósito definido de librar del asedio la mercancía en cuestión. Ejecutaron las operaciones necesarias para alcanzar tal resultado. Ya, en la noche, y después de repetidas conversaciones con Camargo Reina y Parra Torres, Jaime Muñoz, quien manejaba la camioneta de Vaca, tomó el cargamento y lo condujo a la calle 13 número 2-42, frente a las oficinas del mismo Vaca Campos. Camargo Reina había dado el permiso respectivo.

Según declaración de Parra Torres, el muchacho Santos Castillo Herrera, vigilante en el lote en donde se encontró la mercancía, manifestó, desde el primer momento, que se trataba de sardinas y que a él le habían obsequiado una caja, la misma que mostraba. Esta era de procedencia nacional, según los incriminados.

El mismo Parra Torres, al ser interrogado sobre la calidad del cargamento, sostiene: "Preguntado: Diga usted en qué momento se dieron cuenta de que la mercancía en referencia contenía latas de sardinas? Contestó: Eso era aproximadamente serían las cinco y media de la tarde y nos dimos cuenta de que eran sardinas por lo que le dije yo al doctor Camargo Reina que comprobáramos si efectivamente lo que había dentro de los costales era la misma muestra que nos había indicado el muchacho y comprobé que era de los mismos o de las mismas cajas, que le habían dado al muchacho como muestra; desde que llegamos no salimos hasta que establecimos los dos solos de que eran sardinas".

Y dice el Tribunal, al referirse a esto:

"Al establecer ese dato importantísimo también, necesariamente con solo leer el contenido de las leyendas impresas, tenían que establecer su procedencia, la nacionalidad. De ahí que más adelante apunte que

desde ese momento todo lo demás se encaminó a 'comprobar de qué índole pertenecía, si era robada para que respondieran los dueños de esto'; por lo que la premisa del contrabando, desde luego de armas, y luego de mercancía, habría quedado derrumbada, y de ahí que por ningún motivo ya se justificaría la presencia de Camargo Reina y de ellos, pues que estaban en la Comisión de Orden Público, con otros cometidos más superiores. Claro que el doctor Camargo también alude más de una vez a las sardinas, pero dice que entre esas cajas podían hallarse armas, pero de haber pensado en eso seriamente, es claro que como él mismo lo pone de presente habían tenido que revisar caja por caja y quizás abriéndolas todas, pero sin la esperanza de encontrar armas de ciertas dimensiones, pues que no cabrían en esos empaques".

El mismo Tribunal anota este hecho: todos los personajes que actuaron el 16 de septiembre de 1961, están de acuerdo en que el cargamento se componía de cajas de sardinas de fabricación nacional.

Si ello era así, ¿cómo se explica tanto movimiento, en la tarde y noche de aquel día, para tomar una mercancía de procedencia legal? ¿O faltó a la verdad Parra Torres cuando dijo que a eso de las cinco y media de la tarde, ya conocían el contenido de los fardos?

Pues bien, Vaca Campos, Blanca Vélez de Muñoz, Amanda Moncada y demás compinches no iban a declarar que la mercancía era de contrabando, pues ello les traería dificultades y le impediría pedir, en tales circunstancias, protección para bienes o derechos nacidos de actividad ilícita.

Camargo y Parra debían aceptar también que la mercancía era nacional, pues mal estarían al confesar que, abusando de sus funciones, habían obrado en la forma en que lo hicieron, frente a un hecho lícito.

"Porque si en verdad —añade el Tribunal— las sardinas hubieran sido adquiridas legalmente, es obvio que Blanca Nohemí y demás no se ponen a recorrer todo ese largo camino de adquirir dinero y de, finalmente, verse obligada a entregar determinada suma, junto con el cheque, que es la columna dorsal de la imputación reinante. Porque aquello de haber actuado movida por el único interés de que el señor Aristizábal no perdiera los objetos, no convence ni al más lerdo. Y por el otro lado: si el doctor Camargo y sus ayudantes llegan a la conclusión objetiva de que ese cargamento tiene procedencia correcta, cesan en sus despliegues investigativos, no ocurren más de una vez en aquella noche a la casa de Nohemí y no esperan pacientemente la llegada de la camioneta y, finalmente, no hubiera ido a parar en jamás de los jamases a manos del doctor Camargo el célebre cheque... Sólo partiéndose de la no legal procedencia de la mercancía es posible racionalmente explicar las actividades de los dos grupos. El día siguiente de los sucesos, el doctor Camargo Reina adquiría un dato más en ese camino de dudar de la procedencia de las sardinas, fue el suministrado por Andrés León Murcia acerca de los antecedentes en esos predios de Vaca Campos y de Luis Herrera y que hicieron que el doctor Camargo persistiera en sus propósitos de hacer efectivo el cheque recibido en la noche anterior. Así es como lógicamente debe entenderse la indagatoria de dicho doctor en el paso pertinente.

"Por todos estos motivos, integrantes de un vehemente indicio de responsabilidad penal con cargo a Camargo Reina y Parra Torres, como que éste último alcanzó, demostrado está, a recibir parte del dinero proveniente de la entrega del cheque y acompañó a Camargo en todas sus andanzas y se presentó varias veces a casa de Nohemí con los fines ya conocidos, es que la Sala concluye este acápite sosteniendo que el informativo arroja prueba circunstancial suficiente para inferir racionalmente que las sardinas tenían procedencia ilegal ... Surge, pues, el llamado indicio del móvil, tratado magistralmente por Ellero Dellepiane y Gorphe".

No se encuentra, en este aspecto, un error protuberante en la apreciación de las pruebas. Se trata, en cambio, de "Inferencias necesarias e indiscutibles, fruto de una sana y concienzuda crítica testimonial adelantada, que resiste con éxito, la acometida del señor apoderado de Camargo Reina al formular contra la sentencia el tercer cargo que acaba de referenciarse".

Cuarto cargo

"No está probado el recibo de los $ 1.200 en dinero y del cheque por $ 1.300.00", se anota en la demanda.

Se responde:

Al refutar este cargo, el señor Procurador trae los siguientes conceptos que la Corte prohija, no sin antes anotar que el Tribunal de instancia, al hacer la crítica de los testimonios de cargo, obró conforme a la lógica más estricta, tomando de ellos lo que juzgó que merecía crédito y rechazando, en cambio, cuanto aparecía dudoso.

Dijo el señor Procurador:

"Es cierto sí que advirtió (el Tribunal) la existencia de incongruencias en el relato hecho por Blanca Muñoz (sic) lo mismo que estableció que ciertas afirmaciones de esta testigo riñen un tanto con la verdad, como, por ejemplo, es "de que ella hubiera firmado por Alberto Aristizábal el cheque aludido, ya que confrontando los tipos de letras allí estampados (se refiere al cheque visible al folio 9 del Cuad. 1º) es fácil sacar la conclusión de que corresponden a personas distintas".

"Pero al propio tiempo el Tribunal pudo poner de presente que la principal testigo de cargo, en lo fundamental de la acusación que le hace de concusionarios al doctor Camargo Reina y al señor Parra Torres, indicó sin ambages ni vacilaciones cuáles fueron las actividades criminosas que, siendo constitutivas de la concusión imputada, fueron cumplidas por los dos procesados. Y los cargos que a éstos les hizo desde el primer momento, desde el propio día en que fueron descubiertos en sus malos pasos, los reiteró o ratificó al ser sometida a careos y al intervenir en diligencias como la importantísima inspección ocular de folios 163 a 169 del cuaderno primero.

"Y como lo observa expresamente el adquem, 'si en su ánimo hubiera estado el deseo de lanzar cargos a todo el mundo, es obvio que compromete también al sabueso Gómez Pulido, pero se acabó de ver que esto no ocurrió y sí todo lo contrario.

"Un análisis, igualmente concienzudo y detenido, llevó a cabo el Tribunal al tratar en concreto de los testimonios de Vaca Campos, de Amanda Moncada, de Luis Herrera, de Jaime Muñoz, de José Godoy Rivas y de Fideligno Castro.

"Ese análisis, esa crítica testimonial adelantada le sirve para comprobar a la postre que de la prueba testifical de cargo surgen circunstancias indiciarias altamente comprometedoras de los acusados, de carácter vehemente y que unidas a lo que resulta probado con declaraciones tan intachables como las rendidas por el doctor Silverio Suárez Pineda y el Teniente Ospina, vienen a integrar una cadena de indicios que, dada su especial naturaleza, forman, a su vez, la plena prueba para condenar".

El mismo juzgador ad-quem, después de aquel detenido examen, hace estos comentarios:

"De acuerdo con lo que se ha dejado expuesto a lo largo de este Resultando, pese a las relaciones que unen a los testigos de cargo, a las contradicciones en que incurren y al mismo interés que tienen, sobre todo Vaca Campos, Blanca Nohemí Vélez de Muñoz y Amanda Moncada de no comprometerse en nada sobre el origen y procedencia de las cajas de sardina, no puede negarse que sus dichos en lo tocante con las presiones o amenazas de que fueron objeto, lo mismo que en lo relativo a la consecución de los mil doscientos pesos, tienen que aceptarse, ya que de lo contrario no se hallaría explicación humana alguna al hecho de haber aparecido en poder de Camargo Reina el instrumento negociable de marras, cosa demostrada en forma inconcusa; como tampoco a la circunstancia de haber dado a esas horas orden de que podían llevar la mercancía cosa que cumplieron seguidamente contra toda previsión, ya que por ausencia del dueño no se había resuelto tomar esa medida a dichas horas de la noche. Además, por más que los testigos hayan estado dispuestos a torcerle el cuello a la verdad y para ello hubieran trazado un previo plan, no es posible una coincidencia absoluta hasta en detalles como el número de los paquetes de billetes, la denominación de éstos, la hora en que fueron a la casa de Herrera, las llamadas telefónicas que le hizo Blanca, las conversaciones también por ese conducto con Vaca Campos, las idas y venidas de Camargo Reina y sus detectives; en fin todo lo relativo con el cheque y la orden impar-

tida para su no pago. Debe tenerse muy en cuenta que Blanca Nohemí Vélez de Muñoz, Alvaro Eduardo Vaca Campos y Amanda Moncada fueron interrogados por el funcionario instructor aquella misma noche del veintisiete de septiembre y ya dieron los datos primordiales, acusando esa concordia, a pesar de los días transcurridos y sin que pudieran ponerse de acuerdo, cosa no del todo posible dadas las circunstancias psicológicas en que se hallaban, como que no debe ser cosa muy fácil denunciar y formular cargos a personajes que hasta ese momento han ocupado sitial preferente en la dirección de la sociedad y nada menos que de auxiliares de la justicia, con la fama y trayectoria del doctor Camargo Reina y sabiendo que de esa conducta bien podrían a la postre salir también comprometidos. De modo que unidas las anteriores consideraciones, al indicio aquél de la procedencia ilícita de las sardinas, debe concluirse que el informativo arroja una grave inferencia circunstancial indicativa de que en verdad Camargo Reina y Parra Torres, la noche del 16 de septiembre de 1961 recibieron mil doscientos pesos y un cheque por mil trescientos como resultado de las amenazas e inducciones de que hicieron objeto a Blanca Nohemí Vélez de Muñoz y a Alvaro Vaca Campos, aún cuando a éste no tan directamente, pero sí en manera eficaz. Este indicio que la Sala viene estableciendo, demostrando y estudiando, es como el otro eslabón lógico del documento negociable en manos de Camargo Reina hasta momentos antes de entregarlo a la señora Muñoz a trueque de los quinientos pesos. Queda en tales circunstancias cerrado el ciclo indiciario con un tremendo poder de convicción, de certeza legal, hasta el punto de que unidos esos dos extremos por la relación de causa a efecto, y reforzados por esos otros indicios ya analizados, se concluye que la prueba plena exigida por el Art. 203 del C. de P. P. para condenar surge en forma apabullante, diáfana y contundente. Y es prueba completa por aquello de que varios indicios graves, concordantes, concurrentes, independientes y concatenados sí arrojan ese coeficiente probatorio según se deduce de lo preceptuado por el artículo 217 del Código acabado de citar".

Se alega, finalmente, que en la sentencia no se tuvo en cuenta una declaración de extraordinaria importancia para los acusados. Se trata del testimonio de Baldomero Gómez Pulido, quien asegura que, en la noche del 16 de septiembre, "le exhibieron al doctor Camargo unas facturas que no me pude dar cuenta del contenido "de ellas, y agrega: 'como me he enterado por la prensa y con mis compañeros de oficina y de que el doctor Camargo Reina ha recibido dineros o cheques, puedo asegurar que no vi en ningún momento acto indecoroso o que el doctor Camargo Reina o mi compañero exigiera a las señoras o a los señores alguna cosa que estuviera en contra de la ética profesional".

La declaración de Gómez Pulido sí fue tenida en cuenta en la sentencia. Allí fue analizada, como puede verse a Fls. 112 del C. del Tribunal. Este declarante observó que unas señoras mostraban a Camargo unas facturas, de cuyo contenido no se dio cuenta, como tampoco se dio cuenta de "acto indecoroso" alguno, por parte de los incriminados, ni vio que Camargo o su "compañero" hubieran hecho exigencias a dichas señoras. Este testigo depone, pues, sobre lo que le consta, y de ahí que su exposición deba apreciarse en su justo valor, tal como lo hizo el Tribunal.

Se han presentado, pues, tal serie de circunstancias y de hechos indicadores de la actividad delictuosa de los procesados, que fuerza es concluir que es evidente la ocurrencia de los hechos negados en este cargo por las demandas de casación. Ciertamente, tampoco aparece de bulto, en este caso, el error grave en la apreciación de las pruebas. Antes bien, su aceptación corresponde a una realidad.

Quinto cargo

Los antecedentes de los incriminados son indicadores de la inocencia de éstos, así como la calidad moral de los testigos de cargo debe llevar a desestimar sus dichos.

Se responde:

Está demostrada la buena conducta anterior de Camargo y de Parra. Y existen datos que hacen dudar de la moralidad de algunas de las personas que figuran como acusadoras en este expediente.

Deducida la responsabilidad de los procesados, como se acaba de ver, la situación planteada en este numeral debe tener vir-

tualidad suficiente en la individualización de la pena, la que se impondrá, en cada caso y según el Art. 36 del C. P., examinando, entre otras cosas, "la personalidad del agente".

Si se recuerda que, en nuestra legislación, el criterio de responsabilidad penal se basa, en parte, en el de peligrosidad social, circunstancias como las que se alegan en favor de los procesados, en este aparte, han de producir su efecto al pronunciar una sentencia condenatoria.

Y lo produjeron en la del Tribunal, pero en sentido contrario al que aparece como natural y obvio, frente a las disposiciones penales, cuya violacion fue invocada al presentar la causal primera.

Por este aspecto, es necesario admitir que el Tribunal erró en forma grave, pues apreció falsamente la situación demostrada, en lo que toca con la conducta de los incriminados.

Causal primera

En ambas demandas se invoca esta causal como consecuencial de la segunda. No prosperando ésta sino en lo relativo a la apreciación de la prueba sobre la conducta anterior de los procesados, sólo procederá una invalidación parcial de la sentencia.

Por el error anotado, se dio indebida aplicación a los artículos 36, 37, num. 15 y 38, num. 1º del C. P. Se atribuyó, en efecto, a Camargo, una posición que no ha tenido, por más que hubiera cumplido con su deber como Juez de Instrucción y de Policía. Fue siempre un simple funcionario de segunda categoría, y lo era al cometer la infracción aquí investigada, en el cual no se advierte ni ilustración especial, ni riqueza, ni especial dignidad u oficio, que lo colocaran en "posición distinguida" en la sociedad. En cambio, su buena conducta anterior lo hizo acreedor a la benevolencia de las gentes que vieron en él a un hombre honesto. De esta suerte, una circunstancia de menor peligrosidad (num. 1º Art. 38) vino a convertirse en una de mayor (num. 15 Art. 37). Y en cuanto toca con la gravedad del hecho delictuoso (Art. 36 del C. P.), debe considerarse que la concusión es delito grave per se, por lo cual se le señaló pena de importancia por el legislador colombiano. Ello hace, además, que el pueblo lo estime en tal calidad.

Al aceptar que por error en la apreciación de una prueba, se incurrió en equivocación en la aplicación o interpretación de algunas disposiciones penales, habrá que invalidar parcialmente el fallo, para acomodarlo a los mandatos del legislador.

El apoderado de Carlos Parra Torres, se dijo ya, presentó demanda de casación en nombre de su poderdante.

Se proponen en ella las mismas causales de casación que se examinaron al estudiar la del apoderado de Camargo Reina. Sus razonamientos son, en un todo, los de aquélla. Tal el motivo para que no se vuelva sobre lo ya expresado. Por ello se dijo, además, que examinada una de estas demandas, quedaba de hecho estudiada la otra, si bien teniendo en cuenta las variaciones pertinentes.

Parra Torres acompañó a Camargo Reina, en todas sus andanzas. Asistió a las varias etapas del hecho constitutivo de la infracción penal y tomó parte activa en ellas. Participó del dinero recibido de Blanca de Muñoz, a cuya casa se presentó, en repetidas ocasiones, el 27 de septiembre de 1961, a reclamar lo prometido días antes. En una palabra, se unió a la comisión del hecho o tomó parte en la ejecución del mismo, en la terminología del artículo 19 del C. P. Hubo, pues, entre Camargo y Parra, un concurso de acciones voluntarias para la obtención de un determinado resultado, sin previo acuerdo, al parecer, pero sí con una coparticipación instantánea y coincidencial de voluntades.

Con las razones que se dieron al revisar las alegaciones del apoderado de Camargo Reina, queda contestada en un todo la del apoderado de Parra Torres, por lo que toca tanto con la causal segunda de casación, como con la primera. También Parra será favorecido ahora, por el error advertido en la sentencia del Tribunal.

De acuerdo con el artículo 156 del C. P., la concusión es delito propio, pues requiere que un funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a prometer o dar al mismo funcionario o a un tercero, dinero o cualquiera otra utilidad.

Son, por consiguiente, elementos estructurales de este delito, los que se enuncian a continuación:

1. Un sujeto activo, que ha de ser un funcionario o empleado público o la persona encargada de un servicio público;

2. Un abuso por parte de ese sujeto activo del "cargo" o de la "función", esto es, el abuso de la calidad o de las particulares atribuciones que tiene el agente;

3. Una conducta específica, que consiste en constreñir o inducir a otro —el sujeto pasivo— a dar o entregar dinero u otra utilidad; y

4. Una relación de causalidad entre el acto abusivo del funcionario y la entrega del dinero u otra utilidad o la promesa de dar o entregar.

Camargo Reina y Parra Torres tenían, al momento de ejecutar las actividades de que se trata aquí, el carácter de funcionarios públicos. A ellos se había dado atribuciones precisas. Ambos abusaron de su cargo, esto es, hubo de su parte "una superación de los límites del ejercicio del derecho", ya que fue utilizado en forma contraria al comportamiento que debieron observar. Finalmente, merced a este abuso, constriñeron o indujeron a un tercero a entregar dinero, el que fue realmente recibido.

Conviene traer aquí, para evitar equívocos, alguna cita tomada de la obra del doctor Jesús Bernal Pinzón "Delitos contra la Administración Pública":

Dice así:

"Grispigni distingue entre el sujeto pasivo de la conducta, que sería la persona sobre la cual se desarrolla la acción ejecutiva (constreñimiento o inducción), del sujeto pasivo del daño, que sería la persona titular del bien o interés jurídico perjudicado o puesto en peligro por el delito. En la hipótesis del concusionario que, aprovechando la solidaridad existente entre dos personas, realiza la inducción o el constreñimiento sobre un sujeto para obtener la entrega o la promesa de otro (constriñe o induce) al hijo, para obtener el dinero u otra utilidad del padre".

En este caso, hubo, por tanto, "un sujeto pasivo de la conducta y un sujeto pasivo del daño". Sería el primero la mujer que fue inducida o constreñida directamente a dar o entregar, y sería el segundo el verdadero dueño o poseedor de la mercancía.

Esta distinción viene a evitar, desde luego, la discusión suscitada por los apoderados en torno a la imposibilidad en que se encontraban los incriminados de cometer el delito de concusión, teniendo como sujeto pasivo del mismo a Blanca Nohemí Vélez de Muñoz.

Prosperan, pues, las causales segunda y primera, en forma parcial, de acuerdo con lo expuesto. Ello quiere decir que la sentencia será invalidada parcialmente, para hacer una rebaja en la pena impuesta. Y esto llevará a la Corte a conceder a los incriminados la condena condicional, ya que reunen las condiciones señaladas en el artículo 80 del C. P.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo en parte con el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, a que se ha referido esta providencia. Carlos Camargo Reina y Carlos Parra Torres quedan condenados a veinticuatro (24) meses de prisión, cada uno, y a las sanciones accesorias correspondientes, disminuidas en su duración, a la de la pena principal.

Concédese a los condenados la condena condicional. Prestarán caución por valor de cien pesos ($ 100.00) m. l. cada uno y se someterán a las obligaciones que impone el artículo 81 del C. P. El período de prueba será de dos (2) años.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen. Insértese en la Gaceta Judicial.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio J. Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario.

ABUSO DE CONFIANZA. — SENTENCIA CONDENATORIA, SIN QUE OBRARA EN EL PROCESO, PLENAMENTE ESTABLECIDA, LA PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO.

Auto de proceder. — Prueba del cuerpo del delito y prueba de la responsabilidad. Prueba pericial. — Casos en que la objetividad del delito requiere la ayuda de conocimientos técnicos. — Confesión. — Cuándo se presume verídica. — Definición de confesión y confesión "legítima" según el maestro Carrara. Interpretación del Art. 255 del C. de P. P. — La confesión libre y espontánea del reo carecerá de valor, si previamente no se ha demostrado el cuerpo del delito en sus aspectos objetivo y subjetivo. — Investigación de los hechos. — Puntos que debe averiguar el Juez de Instrucción, según Dellepiane. — Procedencia de las causales 2ª y 1ª de casación. Errada aplicación de la ley penal con violación de los Arts. 203 y 255 del C. de P. P.

1. Según el artículo 429 del C. de P. P., para dictar auto de proceder, se requiere la demostración plena del cuerpo del delito y prueba de la responsabilidad penal del procesado.

Las dos disposiciones que se acaban de citar, hablan de prueba del cuerpo del delito y de prueba de la responsabilidad del sindicado o procesado. De donde se desprende que, en la generalidad de los casos, la una difiere sustancialmente de la otra. Por tanto, mientras ellas no obren en el proceso, legalmente producidas, no podrá proferirse un fallo condenatorio.

2. El cuerpo del delito es, a la postre, la suma del objeto jurídico y material de la infracción, por lo cual se ha llegado hasta a decir, inexactamente, que el cuerpo del delito es el delito mismo. En el juicio debe darse la demostración plena de los elementos tipificadores de la infracción, de acuerdo con la abstracta descripción que de ella ha dado la ley penal, y aún con exclusión de la persona que la ha cometido.

3. El artículo 256 del C. de P. P., enseña que "cuando la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, o exija avalúos, el juez o el funcionario de instrucción decretarán la prueba pericial". Es decir, la objetividad del delito requiere, en ocasiones, de la ayuda de conocimientos técnicos, de los cuales carece el Juez. En tal situación, debe traerse al proceso, para que quede demostrado el cuerpo del delito, en lo objetivo, un concepto dado por expertos, nombrados en legal forma.

4. El artículo 255 del C. de P. P. indica, que "la confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito". Basta parar mientes en esta disposición para llegar a la conclusión de que una es la prueba de la responsabilidad y otra la del cuerpo del delito.

La confesión es, según Carrara, la afirmación que hace el reo en contra suya. Ella "continúa siendo considerada como la prueba por excelencia, si no cuál la probatio probatissima, al menos como la más completa y segura, la que más tranquiliza la conciencia judicial y, al mismo tiempo, la conciencia popular", agrega Gorphe. Y

agrega: "En materia penal, integra únicamente un elemento de convicción; no dispensa al Ministerio Público de probar la existencia del delito y la de la culpabilidad, ni a los Jueces de examinar el proceso. Tampoco escapa este medio de prueba a la apreciación crítica de los Jueces". "La confesión del culpable, por sí sola, no resulta suficiente para colocar a la justicia en estado de condenarlo", ya que "se requiere, en todo caso, que la existencia de la infracción sea demostrada por otra causa".

El mismo maestro Carrara, al señalar las condiciones requeridas para que la confesión sea "legítima", indica que ella debe ser judicial, espontánea, inequívoca, constante, inteligente y libre, "debe recaer sobre cosas posibles" y "debe ir precedida de la prueba de la parte material del delito, y esto aún en los delitos de hecho transeúnte y mucho más en los de hecho permanente". Quiere decir lo anterior que la confesión del reo carece de eficacia penal si ella no va precedida de la demostración del cuerpo del delito, que es lo indicado en el artículo 255 del C. de P. P.

Consecuencia de lo anterior: si la confesión libre y espontánea del reo puede ser indicadora de responsabilidad o culpabilidad, ella carecerá de valor, si previamente no se ha demostrado el cuerpo del delito en sus aspectos objetivo y subjetivo. De donde, como dice el señor Procurador, "se debe considerar la confesión del imputado desde un aspecto objetivo, es decir, 'por la credibilidad de los hechos mismos sobre los cuales habla el confesante en sus peculiares circunstancias de lugar, tiempo y modo', y desde un punto de vista subjetivo, es decir, 'por las condiciones de veracidad que ofrezca el sindicado, ya generales y abstractas, ya concretas y peculiares del proceso y del momento de la recepción de la indagatoria'."

5. Respecto de la investigación de los hechos Dellepiane anota que "tres puntos debe averiguar el Juez de Instrucción obligado a intervenir para ejercitar sus funciones en un hecho cometido al parecer en violación de la ley penal: 1º Si ha existido realmente un hecho calificado como delito, y quién o quiénes son sus víctimas; 2º Quién o quiénes son sus autores y cómplices; 3º Circunstancias en que se realizó, tendientes a agravar o a menguar la responsabilidad de quien o quienes lo ejecutaron. El Juez se ve forzado así, a reconstruir el delito en sus causas, modalidades y consecuencias, para lo cual necesita recorrer las diversas etapas del proceso reconstructivo antes apuntadas".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, 8 de noviembre de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, el 21 de octubre de 1964, en la cual se condenó a Jorge Mesa Chica y Alirio García Muñoz, por el delito de abuso de confianza en perjuicio de la Sociedad Industrial de Grasas Vegetales "Sigra", a veintiocho meses de prisión y sanciones accesorias del caso.

El Juez 5º Superior había condenado a los procesados a diez y ocho meses de prisión y sanciones accesorias.

Antecedentes

Antonio José Latorre, Gerente de la Sociedad Industrial de Grasas Vegetales "Sigra", dijo al Alcalde de Fontibón que Jorge Mesa Chica y Alirio García Muñoz eran empleados de la sociedad mencionada; que el 23 de marzo de 1964, Gonzalo Buitrago, Revisor Fiscal de la Compañía, hizo un arqueo de Caja y estableció un faltante de sesenta y tres mil ciento veinticinco pesos; que Alirio García confesó ser el autor del desfalco y firmó una constancia en que lo reconocía plenamente; "que el 24 del mismo mes, viendo que la investigación interna seguía avanzando, hizo una segunda confesión, en la que ya elevó la cuantía a ciento sesenta y tres mil seiscientos veintidós pesos con veintiún centavos añadiendo a ella cincuenta mil pesos que retiró de la cuenta de Caviedes y Piña de Bucaramanga, y veintiséis mil cien pesos de la cuenta corriente de José Ignacio Sánchez, resultando un total de doscientos treinta y nueve mil setecientos se-

senta y dos pesos con veintiún centavos. Y dice que para ese aprovechamiento el sindicado abusó del cargo de jefe de ventas que desempeñaba en la compañía. Y también informa que en la segunda confesión, acusó a Jorge Mesa Chica de quien dijo que había sido beneficiario del producto del delito en la suma de cincuenta y un mil doscientos pesos con sesenta y seis centavos, lo que a su turno fue confesado por Mesa, en escrito que el denunciante presentó o acompañó a la denuncia".

La investigación se adelantó de acuerdo con el Decreto 0014 de 1955.

Demandas de casación

Dos demandas de casación fueron presentadas: la primera corresponde al apoderado de Jorge Mesa Chica; es la segunda la del apoderado de Alirio García Muñoz.

En aquélla se dice que "la sentencia es violatoria de la ley sustancial por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea de las pruebas". Ella "infringe el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal".

No habiendo expresado el demandante cuál o cuáles son las causales de casación invocadas, ha de entenderse que se refirió a la primera y a la segunda de las previstas en el artículo 567 del C. de P. P., atendiendo a estos conceptos de la Corte, en sentencia de 29 de agosto de 1947:

"Cuando el artículo 531 del C. J. indica qué debe contener la demanda de casación, ordena que se exprese la causal aducida, lo cual se satisface ora refiriéndose concretamente a alguna de las preinstituídas por la ley, y ajustando el desarrollo de los sustentos del recurso a la técnica propia de cada uno de aquéllos, ora formulando los cargos en forma tal que aunque expresamente no se determine la causa, la Corte pueda hallarla como simple y necesaria conclusión de lo alegado".

La impugnación de la sentencia se presenta en los siguientes términos:

"Tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal basaron la sentencia condenatoria única y exclusivamente en la llamada confesión de los sindicados".

Y se agrega:

"La apreciación que de esa confesión hizo el Honorable Tribunal es errónea porque no está probado el cuerpo del delito".

Extendiendo estos conceptos, se afirma:

"Para probar la existencia de un delito contra los bienes consistentes en la sustracción o apoderamiento continuado de los dineros de una Empresa es indispensable la diligencia de inspección ocular o judicial si se quiere hablar con mayor propiedad y el dictamen de peritos expertos en la ciencia contable.

"De lo contrario nunca se podrá llegar a la prueba plena o completa de que un día existió determinada cantidad de dinero en el patrimonio de la entidad ofendida y otro día se presentó un faltante por una determinada cantidad de dinero. Elemento indispensable del cuerpo del delito contra la propiedad, para el caso que nos ocupa, para la existencia del abuso de confianza.

"La simple lógica formal nos lo denuncia cuando como lo dice el denunciante y como lo afirma después el Tribunal, en un principio la cuantía del ilícito era apenas de setenta y tres mil ciento veintiocho pesos.

"Obsérvese cómo la primera presunta confesión de Alirio García Muñoz se refiere a esa suma.

"El mismo denunciante afirma que el 24 de marzo Alirio García Muñoz ya viéndose perdido y viendo que la revisión avanzaba (revisión que estaba realizando no un juez, sino el denunciante mismo por medio del Revisor Fiscal de la Compañía) hizo su segunda confesión ampliando el faltante a la suma de ciento setenta y tres mil seiscientos veintidós con veintiuno y confesando además cincuenta mil pesos que retiró de la cuenta de Caviedes y Piña, de Bucaramanga. Y termina afirmando que todo lo confesado por Alirio García suma doscientos treinta y nueve mil setecientos sesenta y dos pesos con veintiún centavos. Y afirma allí el denunciante que en ese momento acusa a Jorge Mesa Chica de haberle entregado la suma de cincuenta y un mil doscientos veinte pesos con sesenta y seis centavos.

"Fuera de la afirmación del denunciante y de la corroboración por parte de los procesados sobre la cuantía de los dineros de que se viene hablando no existe prueba alguna que acredite y dé certeza absoluta de que ello es así. Y no existe a pesar de haber reconocido el representante de la parte civil doctor Alberto Rubio Gómez primero al folio 66 y luego al folio 79, la primera ocasión el 25 de mayo de 1964 y la segunda el 16 de julio del mismo año, que en el proceso no está probada la existencia del cuerpo del delito puesto que solicitó la práctica de una inspección ocular sobre los libros, de contabilidad, de Caja y Bancos de la Sociedad Industrial de Grasas Vegetales Sigra y sobre los comprobantes de dicha contabilidad con el objeto de establecer la preexistencia del dinero que fue objeto del ilícito que se investiga, la propiedad y procedencia del mismo y las funciones que desempeñaban quienes lo administraban. En el memorial respectivo dice en una forma por demás elocuente el apoderado de la parte civil "Si el señor Juez lo estima conveniente, habida consideración de que la contabilidad constituye un arte u oficio especial que requiere conocimientos técnicos, deberá decretar simultáneamente la prueba pericial necesaria y designar el perito correspondiente en la forma establecida en los artículos 256 y siguientes y concordantes del Código de Procedimiento Penal y disposiciones concordantes".

Sostiene, en resumen, el demandante que se dictó sentencia condenatoria contra García y Mesa, sin que obrara en el proceso, plenamente establecida, la prueba del cuerpo del delito. Con lo cual, de otra parte, se estaban violando los artículos 203 y 255 del C. de P. P.

En la demanda presentada por el apoderado de Alirio García Muñoz, después de la relación de los hechos, se invoca la causal primera de casación, esto es, se alega la "indebida aplicación de la ley en cuanto a la verdadera sanción que debía imponérsele a mi patrocinado, debiéndose, por lo mismo, respetar la sanción impuesta en la sentencia de primer grado de fecha 18 de agosto de 1964, originaria del Juzgado 5º Superior o reemplazarla por otra que a mi entender, en ningún caso puede pasar de dos años de prisión".

Allí se lee:

"Considero como normas violadas... el artículo 36 del C. P. y el 414 del mismo tratado. En efecto, según la primera disposición dentro de los límites señalados por la ley, se aplicará la sanción al delincuente. El Honorable Tribunal Superior en la providencia recurrida en casación teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 412 del C. P., el Decreto 2184 de 1951 y el numeral 9º del artículo 37 de la obra anteladamente citada partió de un mínimo de 16 meses, que aumentó en seis meses por razón de la continuidad y en otros seis dada la cuantía del ilícito".

Sostiene, luego, que "se ha tomado en dos oportunidades lo relativo al aumento de la pena: frente a la continuidad del delito, y además, en relación a la suma aritmética de las distintas apropiaciones", con lo cual se violó el principio de non bis in idem.

En ambas demandas, se solicita la invalidación del fallo acusado, para que se absuelva a los incriminados. Subsidiariamente, se reclama que se modifique o invalide parcialmente la sentencia, para que se conserve la del Juez 5º Superior.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa que debe aceptarse la solicitud de invalidación que hacen los apoderados de Mesa Chica y Alirio García Muñoz, por las razones que se señalarán posteriormente, dentro de las consideraciones de la Corte.

Razón fundamental de tal solicitud es ésta: No es posible dictar sentencia condenatoria, si no se ha demostrado el cuerpo del delito y la responsabilidad del sindicado o de los sindicados, y ello en forma plena. Es así como aquí no aparece la demostración del cuerpo del delito, por tanto no podía proferirse el fallo condenatorio contra el cual se interpuso el recurso de casación.

Se considera

1º El problema debatido se reduce a saber si, en este proceso, se reunió la prueba

necesaria para dictar una sentencia condenatoria, o sea, si obran en él, "legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella". (Artículo 203 del C. de P. P.).

2º Según el artículo 429 del C. de P. P., para dictar auto de proceder, se requiere la demostración plena del cuerpo del delito y prueba de la responsabilidad penal del procesado.

3º Las dos disposiciones que se acaban de citar, hablan de prueba del cuerpo del delito y de prueba de la responsabilidad del sindicado o procesado. De donde se desprende que, en la generalidad de los casos, la una difiere sustancialmente de la otra. Por tanto, mientras ellas no obren en el proceso, legalmente producidas, no podrá proferirse un fallo condenatorio.

4º El cuerpo del delito es, a la postre, la suma del objeto jurídico y material de la infracción, por lo cual se ha llegado hasta decir, inexactamente, que el cuerpo del delito es el delito mismo. En el juicio debe darse la demostración plena de los elementos tipificadores de la infracción, de acuerdo con la abstracta descripción que de ella ha dado la ley penal, y aun con exclusión de la persona que la ha cometido.

5º El artículo 256 de la obra atrás citada, enseña que "cuando la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, o exija avalúos, el juez o el funcionario de instrucción decretarán la prueba pericial". Es decir, la objetividad del delito requiere, en ocasiones, de la ayuda de conocimientos técnicos, de los cuales carece el juez. En tal situación, debe traerse al proceso, para que quede demostrado el cuerpo del delito, en lo objetivo, un concepto dado por expertos, nombrados en legal forma.

6º Indica, además, el artículo 255 del C. de P. P. que "la confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito". Basta parar mientes en esta disposición para llegar a la conclusión de que una es la prueba de la responsabilidad y otra la del cuerpo del delito.

7º La confesión es, según Carrara, la afirmación que hace el reo en contra suya. Ella "continúa siendo considerada como la prueba por excelencia; si no cuál la probatio probatissima, al menos como la más completa y segura, la que más tranquiliza la conciencia judicial y, al mismo tiempo, la conciencia popular", agrega Gorphe. Y agrega: "En materia penal, integra únicamente un elemento de convicción; no dispensa al ministerio público de probar la existencia del delito y la de la culpabilidad, ni a los jueces de examinar el proceso. Tampoco escapa este medio de prueba a la apreciación crítica de los jueces". "La confesión del culpable, por sí sola, no resulta suficiente para colocar a la justicia en estado de condenarlo", ya que "se requiere, en todo caso, que la existencia de la infracción sea demostrada por otra causa".

8º El mismo maestro Carrara, al señalar las condiciones requeridas para que la confesión sea "legítima", indica que ella debe ser judicial, espontánea, inequívoca, constante, inteligente y libre, "debe recaer sobre cosas posibles" y "debe ir precedida de la prueba de la parte material del delito, y esto aún en los delitos de hecho transeúnte y mucho más en los de hecho permanente". Quiere decir lo anterior que la confesión del reo carece de eficacia penal, si ella no va precedida de la demostración del cuerpo del delito, que es lo indicado en el artículo 255 del C. de P. P.

9º Consecuencia de lo anterior: si la confesión libre y espontánea del reo puede ser indicadora de responsabilidad o culpabilidad, ella carecerá de valor, si previamente no se ha demostrado el cuerpo del delito en sus aspectos objetivo y subjetivo. De donde, como dice el señor Procurador, "se debe considerar la confesión del imputado desde un aspecto objetivo, es decir, 'por la credibilidad de los hechos mismos sobre los cuales habla el confesante en sus peculiares circunstancias de lugar, tiempo y modo', y desde un punto de vista subjetivo, es decir, 'por las condiciones de veracidad que ofrezca el sindicado, ya generales y abstractas, ya concretas y peculiares del proceso y del momento de la recepción de la indagatoria'."

10. La sentencia condenatoria impugnada tiene como su fundamento único la confesión de los procesados, y ella se admitió para demostrar responsabilidad y cuerpo del delito. De allí que se haya dicho que, en el caso a estudio, no se produjeron legalmente las pruebas requeridas por el artículo 203 del C. de P. P. Y, efectivamente, no se demostró la propiedad, preexistencia y subsiguiente falta del dinero apropiado, pues no se practicó ningún dictamen pericial sobre la situación contable de la empresa ofendida, pero ni siquiera se llevó a término la diligencia de inspección ocular a los libros de contabilidad de aquélla, la que fue solicitada por el apoderado de la parte civil.

Tan cierto es ello que en la sentencia de que se trata, se dijo lo siguiente:

"La confesión contenida en sus indagatorias y careos así como la contenida en los escritos que dieron a la Sociedad lesionada, prueba plenamente los hechos y la responsabilidad de los dos señores citados. La cuantía es la confesada porque no hay estudios contables que la desvirtúen, y la responsabilidad va hasta donde esa misma confesión corroborada por el denuncio, por las exposiciones de Pedro Fortoul y Daría Gualteros y por la diligencia de careo".

Sobre lo cual comenta, con buen acierto el Procurador Delegado:

"Es decir, que para el Tribunal, la confesión emitida por los poderdantes de Yepes Lalinde y Pulido C., no solamente vale o debe presumirse verídica para efectos de deducir la culpabilidad de uno y otro acusado, sino que, además. es eficaz para acreditar el cuerpo del delito. Ciertamente, no se concibe error o desacierto judicial más grande.

"También el yerro está latente en eso de afirmar que la cuantía del ilícito 'es la confesada porque no hay estudios contables que la desvirtúen'. Y está manifiesto —se repite— porque por una vez más no cayó en cuenta el Juzgador que para llegar a determinar la cuantía del abuso de confianza denunciado, en manera alguna le era posible apelar al dicho de los incriminados, pero mucho, muchísimo menos, le era dar por establecida la cuantía del ilícito apoyándose tan peregrinamente en la ausencia o falta de una prueba capital o trascendental como la pericial, precisamente consistente, en el asunto de autos, en un estudio contable.

"Si ese estudio contable no se llevó a efecto y si tampoco se practicó en los libros de la empresa perjudicada la inspección ocular que tardíamente solicitó el apoderado de la parte civil, quiere todo ello decir que se carecía de los medios legales para proferir sentencia condenatoria, por ser ajena al proceso la prueba del cuerpo del delito, que en el presente caso tenía que ver con el supuesto dinero apropiado mediante abuso de confianza".

11. Las anteriores consideraciones recogen lo anotado por Dellepiane, al decir que "tres puntos debe averiguar el juez de instrucción obligado a intervenir para ejercitar sus funciones en un hecho cometido al parecer en violación de la ley penal: 1º Si ha existido realmente un hecho calificado como delito, y quién o quiénes son sus víctimas; 2º Quién o quiénes son sus autores y cómplices; 3º Circunstancias en que se realizó tendientes a agravar o amenguar la responsabilidad de quien o quienes lo ejecutaron. El juez se ve forzado así, a reconstruir el delito en sus causas, modalidades y consecuencias, para lo cual necesita recorrer las diversas etapas del proceso reconstructivo antes apuntadas".

Se demostró, en este caso, si existió realmente el hecho calificado como delito por la ley penal? No ciertamente. Se atendió una confesión sobre hechos cuya existencia no se comprobó previamente.

12. Lo que se acaba de decir, lleva a la conclusión de que el Tribunal se equivocó gravemente, al tener la confesión de los procesados, como prueba del cuerpo del delito. La causal segunda de casación es procedente, y por ende, la primera, pues erróneamente se aplicó la ley penal, al hacerlo con violación de los artículos 203 y 255 del C. de P. P.

Toca lo anterior con la demanda del apoderado de García Muñoz y también con la del representante de Mesa Chica. Con la de éste, pues fue él quien, sin mencionar causales de casación expresamente, sí formuló cargos en forma tal que de ellos se deducen claramente los motivos de impugnación, que aquí se han aceptado. Con la de aquél, "ya que a nadie puede escapár-

sele que por faltar la doble prueba que para dictar sentencia condenatoria requiere la ley de procedimiento, absurdo sería absolver a Mesa Chica y condenar a García Muñoz porque el representante legal de este último incurrió en el desacierto de no alegar también que han sido con el fallo recurrido infringidas las citadas normas legales".

13. No es, pues, el caso de entrar a examinar la causal de casación propuesta por el apoderado de García Muñoz, que fue la primera, pues lo resuelto sobre la demanda del patrono de Mesa Chica, hace que la sentencia, en su integridad, pierda todo valor, por no haberse demostrado plenamente la existencia de la infracción.

14. Así, aceptados los motivos de impugnación dichos, es el caso de invalidar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá y dictar, en cambio, la que corresponda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia condenatoria de Jorge Mesa Chica y Alirio García Muñoz, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, a que se ha hecho mérito en esta providencia. En consecuencia, se absuelve a los mencionados Mesa Chica y García Muñoz de los cargos que se les hicieron en este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario.

RECURSO DE HECHO

La Sala ratifica su doctrina respecto a que las providencias dictadas con aplicación del artículo 153 del C. de P. P., no son susceptibles del recurso de casación.

La Sala no puede menos de ratificar la doctrina relativa a la aplicación del artículo 153 del C. de P. Penal que ha venido sosteniendo de manera constante y uniforme, y en general como compete hacerlo a una Sala de Casación, ya que como dice Carcano, el Tribunal de Casación es la magistratura de las máximas, de las definiciones, de los teoremas, en una palabra, de la ciencia legal. El Tribunal de Casación —agrega— no juzga el derecho del litigante, sino del derecho de la ley, non de juris litigatoris, sed de jure constitutionis.

Es a la faz de tal derecho, como la Corte ha condensado esa doctrina así:

"El proveído que se pronuncia en los casos del artículo 153 del C. de P. Penal, no es una sentencia en el sentido estricto del vocablo. Ella, enseñan los autores, es la definición de la relación jurídico-procesal y está en íntima relación de dependencia con el contenido de los cargos y del debate, de suerte que no puede hablarse de sentencia sin que se presupongan de modo necesario cargos y pruebas. Pero no puede negarse que es una providencia definitiva que, al menos en cuanto a la persona o personas en cuyo favor se profiere, le pone fin al proceso..."

"Resulta impropio llamar sentencia —dice en otros de sus autos— a una decisión que se tomó en la etapa sumaria, muchas veces sin haberse agotado la investigación y aún sin haberla hecho, porque el caso así lo exigía. Y de ahí que en la jurisprudencia, con un sentido más de respecto que de acatamiento a esa denominación que el legislador le dio a la providencia dictada en virtud del artículo 153 del C. de P. Penal, se haya convenido en llamarla 'sentencia sui generis'."

"Las mal llamadas sentencias —repite en otros proveídos— a que dé lugar la aplicación del artículo 153 no son susceptibles del recurso de casación, medida extraordinaria que presume la terminación de un juicio, previo un debate formal, cuyas más salientes actuaciones están subordinadas a ser objeto de crítica; además: ¿de qué manera operaría este recurso contra una providencia de tal género?"

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre 13 de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Antonio Moreno Mosquera).

Vistos

El abogado doctor Luis Eduardo Mejía Jiménez obrando como apoderado de los señores Oscar de Jesús y Roberto Antonio Alvarez, ha recurrido de hecho ante la Sala Penal de la Corte contra el auto de 27 de febrero último del Tribunal Superior de Aduanas en el que se le niega el recurso de casación que interpuso contra la sentencia del 2 del mismo mes proferida por el citado Tribunal.

Dicha sentencia se produjo al revisar por consulta la de 30 de octubre de 1962 del Juzgado Superior de Aduanas de Medellín cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"1º Declárase prescrita la acción penal adelantada contra los señores Oscar de Jesús Alvarez García y Roberto Antonio Alvarez Jaramillo, Eugenio Otero Barragán, Luis Humberto Calvo Galeano y Luis Au-

gusto Gutiérrez, por el delito de "Presunción de contrabando o fraude a la renta nacional de aduanas". En consecuencia, Ordénase cesar todo procedimiento en contra de los mismos, por los hechos que originaron esta investigación.

"2º Declarar debidamente nacionalizados los 1.220 relojes, marca "Magna", de fabricación suiza, retenidos a raíz de esta investigación, y ordenar su entrega definitiva al señor Roberto Antonio Alvarez Jaramillo, su legítimo propietario.

"3º Declarar abandonados en favor del Estado 195 encendedores marca "Ronson", de fabricación norteamericana, por lo cual se decreta su decomiso para efectos del remate subsiguiente..."

Por su parte el Tribunal en la suya confirmó el primero de esos puntos y revocó el segundo y el tercero. En su lugar se decretó la confiscación de los susodichos relojes y encendedores y se reconocieron participaciones.

El recurrente presentó oportunamente las copias que la ley exige en estos casos y en memorial dirigido a la Sala, ha sustentado en debida forma el recurso que interpone y a cuya resolución se procede mediante las siguientes consideraciones:

En este evento, la función de la Corte se reduce, como lo ha observado en ocasiones similares, a examinar el mencionado recurso para determinar si fue correctamente negado el de casación interpuesto. Cualquiera otra cuestión diferente a ésta, escapa a la esfera de su competencia y debe ser ventilada ante los jueces de instancia, como lo fueron las que propone en este caso el recurrente. La Corte, por eso, se abstendrá de justipreciarlas.

Por consiguiente, al decidir esta Corporación sobre un recurso de hecho, no puede constituirse en Tribunal de instancia y debe ceñir su actuación al objetivo peculiar que la suscita y que ya se indicó.

Desde este punto de vista, todo se reduce a saber si la sentencia contra la que se intentó el recurso de casación es susceptible de él conforme a las prescripciones legales que rigen al respecto.

El Tribunal en el auto que lo denegó, considera que de acuerdo con la doctrina de la Corte, no cabe él en las sentencias que se profieran con aplicación del artículo 153 del C. de P. Penal.

El recurrente estima lo contrario si bien no en forma absoluta. Acepta en términos generales el criterio de la Corte, pero advierte que éste sólo debe aplicarse en los casos comunes, no en aquéllos en que la sentencia implica una condenación, que es lo que sostiene en relación con la del Tribunal respecto de la orden de confiscación de los relojes, aspecto ampliamente debatido en dicha sentencia al estudiar el Tribunal las tesis que propuso a su consideración el recurrente y que dicha Corporación desecha en vista de las razones que se consignan en esa providencia, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 59 del Código Penal.

No obstante, el recurrente insiste en el memorial sustentatorio del recurso de hecho, que la doctrina de la Sala debe modificarse en el sentido por él indicado, reafirmando su concepto que la proferida por el Tribunal es una sentencia y que el contenido material de la misma, en lo relativo a la mercancía secuestrada, es condenatorio.

La propia forma como el recurrente al aludir a este aspecto presenta la cuestión sub-judice está demostrando que la referida sentencia, en cuanto se contrae a las personas contra quienes iba dirigida la acción represiva que se declara prescrita, no tiene, no podía tener, carácter punitivo.

Por otra parte, es evidente que la condena penal no puede recaer sobre las cosas. La orden de confiscación de los relojes obedeció, según aquella providencia, a una motivación distinta a la del simple cálculo aritmético que implica el reconocimiento del fenómeno de la prescripción. No se produjo como una consecuencia de este reconocimiento, sino en virtud de razones distintas.

De allí que no sea posible involucrar una cosa con otra para darle a la declaratoria de la prescripción un matiz que no tiene y que repugna a su peculiar alcance.

Lo que ocurre es que se trata de resoluciones diferentes contenidas en un mismo proveído, cada una de las cuales aparece edificada sobre sus correspondientes presupuestos según el análisis que hizo el Tribunal al rebatir las razones que al respecto le propuso el recurrente en los memoria-

les cuyas copias hacen parte de estas diligencias y cuyo contenido se identifica sustancialmente con el del sustentatorio del recurso que se está resolviendo.

No puede, pues, dársele a la providencia en que se declara la prescripción, el carácter de una decisión condenatoria.

¿Será ella una sentencia propiamente tal?

La Sala no puede menos que ratificar la doctrina que sobre el particular ha venido sosteniendo de manera constante y uniforme, y en forma general como compete hacerlo a una Sala de Casación, ya que, como dice Carcano, el Tribunal de Casación es la magistratura de las máximas, de las definiciones, de los teoremas, en una palabra, de la ciencia legal. El Tribunal de Casación —agrega— no juzga del derecho del litigante, sino del derecho de la ley, non de juris litigatoris, sed de jure constitutionis.

Es a la faz de tal derecho, como la Corte ha condensado esa doctrina así:

"El proveído que se pronuncia en los casos del artículo 153 del C. de P. Penal, no es una sentencia en el sentido estricto del vocablo. Ella, enseñan los autores, es la definición de la relación jurídico-procesal y está en íntima relación de dependencia con el contenido de los cargos y del debate, de suerte que no puede hablarse de sentencia sin que se presupongan de modo necesario cargos y pruebas. Pero no puede negarse que es una providencia definitiva que, al menos en cuanto a la persona o personas en cuyo favor se profiere, le pone fin al proceso..."

"Resulta impropio llamar sentencia —dice en otros autos— a una decisión que se tomó en la etapa sumaria, muchas veces sin haberse agotado la investigación y aún sin haberla hecho, porque el caso así lo exigía. Y de ahí que en la jurisprudencia, con un sentido más de respeto que de acatamiento a esa denominación que el legislador le dio a la providencia dictada en virtud del artículo 153 del C. de P. Penal, se haya convenido en llamarla 'sentencia sui generis'."

"Las mal llamadas sentencias —repite en otros proveídos— a que dé lugar la aplicación del artículo 153 no son susceptibles del recurso de casación, medida extraordinaria que presume la terminación de un juicio, previo un debate formal, cuyas más salientes actuaciones están subordinadas a ser objeto de crítica; además: ¿de qué manera operaría este recurso contra una providencia de tal género?"

En seguida demuestra la Corte cómo ninguna de esas causales pueden proponerse contra dichas sentencias.

Se evidencia esto, en el caso de autos, en el que según la certificación visible al folio 140 de estas diligencias "al pronunciar el Juzgado Superior de Aduanas de Medellín su sentencia de primer grado fechada el 30 de octubre de 1962, por medio de la cual declaró prescrita la acción penal en este negocio, no preexistía, ni menos aún, se hallaba en firme, providencia alguna que calificara el mérito del sumario, proveído éste que desde la vigencia del Decreto 3134 de 1952 y sin solución de continuidad hasta la presente fecha, no está contemplado entre las normas que rigen el procedimiento penal aduanero".

De donde resulta que por sustracción de materia, no serían aplicables en este caso ninguna de las causales previstas en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 que sustituyó al artículo 567 del C. de P. Penal, ya que todas ellas, como ocurría antes, suponen un juicio y una sentencia propiamente tal.

Son, además, tan claras y de tanta fuerza persuasiva, las razones de la Corte, que la Sala no entrevé cómo pudiera modificar su doctrina para atemperarla a las pretensiones del recurrente.

Por tanto, no siendo casable la aludida providencia del Tribunal de Aduanas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA que fue bien denegado el recurso de casación que se interpuso contra ella y ORDENA que para los efectos legales, se comunique lo resuelto a dicho Tribunal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario.

CURADOR PARA LOS MENORES DE 21 AÑOS

La falta de curador para que asista en el proceso penal al sindicado menor de veintiún años de edad, no da lugar a nulidad constitucional, pues ello no implica el desconocimiento del derecho de defensa. — La causal segunda de casación no procede en los juicios en que interviene él jurado. — Causales 1ª, 2ª y 4ª del artículo 567 del C. de P. P.

1. Es cierto que el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal dispone que "al procesado menor de veintiún años que carezca de representación legal se le nombrará curador ad-litem para que concurra a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor. Esto sin perjuicio del nombramiento de apoderado a que tiene derecho conforme a este artículo, el cual será designado por el respectivo representante del menor". Pero no hace esta exigencia la ley con sanción de nulidad, lo cual se requiere, de acuerdo con el artículo 202 de la misma obra, para que se considere, "sin necesidad de resolución especial, que ... "tal acto..." "no se ha verificado".

De otra parte, en sentencia de 28 de junio de 1949 (G. J., T. LXVI, p. 390), dijo esta Sala que "lo interesante es que el menor esté asistido por un representante legal, pero deducir nulidades por el solo hecho de que el apoderado no fue designado por el representante o por el curador ad-litem, sería extremar el rigor de la ley y sacrificar el aspecto sustancial del precepto al contenido material del mismo. Las irregularidades que se cometan o puedan cometerse en la designación de apoderado o defensor no son vicios constitutivos de nulidad. Otra cosa sería si el menor careciere en absoluto de una persona que lleve su personería para su defensa".

2. Bien sabido es que de acuerdo con el artículo 36 del Código Penal, la personalidad del agente es apenas cuestión que debe tomar en cuenta el juez de derecho para la dosimetría de la pena aplicable, en caso de un fallo condenatorio.

3. Ha sido doctrina constante de esta Sala la de que la causal segunda de casación señalada en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal no es pertinente en los juicios en que interviene el Jurado, por dos razones: "la primera, porque el Jurado es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso, según su íntima convicción; y segunda, porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrado como causal de casación, según lo dejó establecido la Comisión redactora del nuevo Código de Procedimiento. Es este por tanto un problema de estudio exclusivo de las instancias" (sentencia de 3 de noviembre de 1944, G. J., T. LVII, p. 746 y muchas otras).

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Agotado el trámite correspondiente, entra a ocuparse la Sala del recurso de casación interpuesto por los procesados Hebert Antonio Ortigoza, Oscar Antonio Gómez Contreras y Gilberto Fuentes Rangel contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta, de 21 de octubre de 1964, por la cual les fue impuesta la pena principal de veinte

(20) años de presidio, como responsables de los delitos de homicidio y robo.

Conoció en primera instancia el Juzgado 4º Superior de la misma ciudad.

Solamente Hebert Antonio Ortigoza presentó demanda de casación.

Hechos y trámite del proceso

El Juzgado 4º Superior de Cúcuta hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"El veinticuatro de julio del presente año, en la fracción de 'El Zumbador', jurisdicción municipal de Gramalote, fue encontrado el cadáver de Tito Veloza Veloza, en el sitio denominado 'El Banco', habiendo muerto a consecuencia de varias heridas causadas con arma cortopunzante. Practicadas las primeras diligencias investigativas se estableció que momentos antes de los hechos habían sido vistos en el lugar donde sucedieron, Oscar Antonio Gómez, Hebert Ortigoza y Gilberto Fuentes, quienes fueron llamados a rendir indagatoria, diligencia en la cual los dos primeros negaron haber tomado parte en la comisión del delito y en la que Gilberto Fuentes ... reconoció haberlo realizado en compañía... "de aquéllos. Estos, "al ampliar su indagatoria, confesaron y revelaron que el móvil del homicidio había sido el robo del dinero que llevaba la víctima y mencionaron como instigador del delito a Trino Márquez, quien residía en esta ciudad..."

Clausurada la investigación, el juzgador de primera instancia llamó a juicio a los sindicados recurrentes por los delitos de homicidio y robo. Al especificar el cargo, se dijo en la parte motiva del auto de proceder que para este último ilícito correspondía tomar en cuenta el artículo 404 del Código Penal, por haberse cometido en despoblado y con armas, y que para el homicidio era del caso considerar las circunstancias de asesinato previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 del artículo 363 de la misma obra.

El Tribunal Superior de Cúcuta confirmó la providencia antes aludida.

Concluido el juicio, el Juzgado 4º Superior de Cúcuta, con apoyo en el veredicto del Jurado, impuso a Gómez, Ortigoza y Fuentes la pena principal de veinticuatro años de presidio, sanción ésta que el juzgador de segunda instancia rebajó a veinte años.

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público

El señor apoderado de Hébert Antonio Ortigoza invoca las causales primera, segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, así:

a) Causal primera:

Dos cargos propone contra el fallo impugnado:

1º Dice el demandante que a Ortigoza se le tomó en cuenta una misma circunstancia para agravar dos veces la sanción. "Me refiero...", expresa..., "a la calificación agravada del delito de robo, que se estimó como cometido dentro de la causal primera del artículo 404, que eleva la gravedad de dicho ilícito cuando es cometido en despoblado y con armas. Simultáneamente, se estaba agravando el delito de homicidio y considerándolo un asesinato, por razones similares. Por cuanto resulta necesario para la tipificación misma del delito de homicidio agravado de que trata la sentencia, que el hecho se hubiera cometido precisamente en despoblado (para deducir la asechanza) y con armas, ya que para causar la muerte generalmente se recurre a ellas".

Agrega: "Es evidente que si Ortigoza y sus compañeros hubieran ultimado al señor Veloza en sitio concurrido y a la vista de eventuales transeúntes, el homicidio no hubiera sido calificado de cometido con asechanza y alevosía, pues precisamente lo sancionable de la asechanza y la alevosía es el haber buscado deliberadamente que la víctima se pusiese en condiciones que disminuyeran su capacidad de defensa y que a la vez proporcionaran una mayor seguridad e impunidad a los delincuentes... Ahora bien: Si se considera que el homicidio se cometió con asechanza y alevosía, no podía deducirse la causal agravante del robo, de haberse cometido en despoblado, pues necesariamente se viola el principio del 'non bis in idem'. Caso contrario: Si se deduce la agravante para el robo, no podía deducirse para el homicidio".

2º Afirma que "la sentencia recurrida aceptó que el homicidio se cometió dentro de las circunstancias del numeral 6º del artículo 363, o sea 'abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendi-

do...', con base en raciocinios puramente subjetivos del señor juez y del señor Magistrado ponente, pues no existe ninguna constancia procesal que acredite tal hecho".

Aclara que "aun cuando esta circunstancia será igualmente expuesta más adelante, dentro de la causal segunda de casación, por ser relativa al hecho, debe igualmente analizarse dentro de la causal primera, ya que interpretó erróneamente la ley penal, al considerarse que podía darse aplicación al citado numeral 6º, por el solo hecho de tener sesenta años la víctima, siendo por demás un hombre robusto y vigoroso, como consta en el acta de autopsia..."

b) Causal segunda:

Asegura el actor que, equivocadamente, no se tomaron en cuenta hechos que han podido influir en la determinación de la sanción, así:

1º Que resulta demostrado que la víctima era una persona robusta y que no estaba indefensa, pues portaba una machetilla.

2º Que "se reconoce en el fallo acusado que contra los sindicados no obran circunstancias de mayor peligrosidad y que sí existen circunstancias de menor peligrosidad, tales como la buena conducta anterior en todos ellos, y en el caso especial de Ortigoza, una circunstancia más, o sea la menor edad. Sin embargo, tal hecho acreditado y reconocido no fue tomado en cuenta al efectuarse la dosimetría de la pena, pues Ortigoza, pese a tener en su favor una circunstancia de menor peligrosidad más que sus demás compañeros, fue condenado a la misma pena que los demás".

3º Que la primera indagatoria de Ortigoza no tiene validez, pues, sin embargo de ser menor de edad, no fue representado ni por sus padres, ni por un curador y fue asistido por un apoderado que Ortigoza no podía designarlo directamente. A pesar de ello, se dio a dicha diligencia, "tanto para la calificación de los hechos en el llamamiento a juicio, como en la sentencia, un valor probatorio que no tiene, por ser nula, inexistente, y se dedujo de ella el agravante de la premeditación".

c) Causal cuarta:

Manifiesta el demandante que la sentencia acusada se profirió en un juicio viciado de nulidad, porque se incurrió en los siguientes defectos de trámite:

1º Observa el actor que a Hebert Antonio Ortigoza no se le designó curador en la primera diligencia de indagatoria, por lo cual ésta carece de validez. Sin embargo, agrega, "con fundamento en una indagatoria viciada de absoluta nulidad se dictaron las más importantes piezas procesales, acarreándose, así, una manifiesta mengua en el derecho de defensa del sindicado y una pretermisión de formalidades del juicio..., pues el menor no puede nombrar libremente a su apoderado, ya que este nombramiento debe hacerlo el curador. El nombramiento de apoderado hecho por el menor es consecuentemente nulo. Al ser nulo este nombramiento, es consecuencia lógica que el menor tampoco tuvo apoderado que legalmente lo asistiera".

Anota que "es conveniente insistir en que si bien posteriormente el juzgado del conocimiento, al darse cuenta de la nulidad existente, procedió a tomar nueva indagatoria ya con las formalidades legales, con tal hecho no se subsana el vicio cometido, por cuanto la indagatoria original seguía siendo nula. La indagatoria válida es, por lo tanto, la tomada ante el Juzgado 4º Superior, pero entonces, señores Magistrados, resulta lo paradójico: En el momento de dictarse el auto de proceder, no se tiene en cuenta la indagatoria válida, sino la indagatoria nula, teniendo como confesión una prueba tomada ilegalmente. De dicha confesión arrancada en forma ilegal, se dedujeron necesariamente todas las agravantes del delito, que acarrearon para Hebert Ortigoza especiales dificultades para su defensa..."

2º Dice el demandante que se dejó de averiguar la personalidad de los procesados y sus condiciones de vida individual, familiar y social, lo que permitió a la acusación "ensañarse en forma inhumana en la personalidad de los sindicados, recogiendo las más bajas palabras del idioma para llevar al ánimo de los jurados y del juez la convicción de que ellos eran unos depravados morales, perversos natos, peligro-

sos sociales... lo cual incidió en que la defensa se viera definitivamente menguada..."

3º Expresa el actor que no se dio traslado a la defensa del expediente, antes de la audiencia, lo que sí se hizo con el representante de la parte civil. Ello mermó lógicamente las capacidades de defensa del sindicado y es nulidad constitucional..."

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, luego de un detenido examen de los diferentes cargos propuestos contra la sentencia recurrida, estima que no prospera ninguna de las causales de casación invocadas.

Solicita el señor Agente del Ministerio Público, en consecuencia, que no se case el fallo acusado. Y como los recurrentes Oscar Antonio Gómez Contreras y Gilberto Fuentes Rangel no presentaron las correspondientes demandas de casación, pide, asimismo, que con respecto a ellos se declare desierto el recurso.

La Sala considera

El mejor estudio de las tachas propuestas por el demandante exige que la Sala se ocupe, primero, de la causal cuarta de casación y luego, en su orden, de las causales segunda y primera, así:

a) Causal cuarta:

Ninguno de los cargos propuestos implican la nulidad del juicio. Se tiene, en efecto:

Primer cargo

Es cierto que el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal dispone que " al procesado menor de veintiún años que carezca de representante legal se le nombrará un curador ad litem para que concurra a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor. Esto sin perjuicio del nombramiento de apoderado a que tiene derecho conforme a este artículo, el cual será designado por el respectivo representante del menor". Pero no hace esta exigencia la ley con sanción de nulidad, lo cual se requiere, de acuerdo con el artículo 202 de la misma obra, para que se considere, "sin necesidad de resolución especial, que..." tal acto... "no se ha verificado".

De otra parte, en sentencia de 28 de junio de 1949 (G. J. T. LXVI, Pág. 390), dijo esta Sala que "lo interesante es que el menor esté asistido por un representante legal, pero deducir nulidades por el solo hecho de que el apoderado no fue designado por el representante legal o por el curador ad litem, sería extremar el rigor de la ley y sacrificar el aspecto sustancial del precepto al contenido material del mismo. Las irregularidades que se cometan o puedan cometerse en la designación de apoderado o defensor no son vicios constitutivos de nulidad. Otra cosa sería si el menor careciere en absoluto de una persona que lleve su personería para su defensa. En este caso, como así lo ha reconocido la Corte, sí prospera la nulidad deducida del principio constitucional del artículo 26 por ausencia de un defensor que asuma la personería del menor".

Cabe anotar que el Juzgado 4º Superior de Cúcuta, mediante providencia de 4 de octubre de 1960, le designó curador ad-litem al menor Hebert Antonio Ortigoza y, posteriormente, recibió a éste declaración indagatoria, en la cual hizo el mismo relato de los hechos dejado en su primera declaración de inquirir, (Fls. 111 a 115 del Cd. principal), diligencia aquella en la que fue asistido por su representante legal y apoderado.

Este primer cargo, por tanto, no resulta probado.

Segundo cargo

En forma alguna cabe aceptar que las deficiencias que anota el demandante, al formular este nuevo cargo, hubieran hecho nugatorio el derecho de defensa del sindicado Heber Antonio Ortigoza.

Bien sabido es que de acuerdo con el artículo 36 del Código Penal, la personalidad del agente es apenas cuestión que debe tomar en cuenta el juez de derecho para la dosimetría de la pena aplicable, en caso de un fallo condenatorio.

Este segundo cargo, en consecuencia, tampoco tuvo demostración.

Tercer cargo

Además de no constituir el reparo que hace el actor un desconocimiento del derecho de defensa, para que se pueda admitir la nulidad constitucional que alega, se

tiene que el cargo no tiene respaldo en los testimonios que se desprenden del expediente, a saber:

1º Se dice en el folio 64 del cuaderno cuarto: "En Cúcuta, a los cuatro días de octubre de mil novecientos sesenta y tres, corrí traslado de la causa al señor doctor Luis Corzo Ramírez, por el término de tres días. En constancia firma y recibe los autos...". Este abogado era, entonces, el personero del recurrente Hebert Antonio Ortigoza.

2º Se lee en el folio 66 del mismo cuaderno: "Hoy, nueve de octubre de mil novecientos sesenta y tres, corrí en traslado la causa, por el término de tres días, al doctor Alvaro Villamizar Suárez. En constancia firma y recibe los autos...". En esa fecha era este abogado el vocero del recurrente Ortigoza.

Con toda razón anota el señor Personero Delegado en lo penal que, "en tales condiciones, la apreciación del distinguido recurrente no tiene respaldo en las probanzas procesales y por lo tanto, ni está demostrado lo aseverado por él, ni corresponde a la verdad que no se le haya corrido traslado al defensor y vocero Hebert Ortigoza".

No tiene, pues, demostración este último cargo.

b) Causal segunda:

Ha sido doctrina constante de esta Sala la de que la causal segunda de casación señalada en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal no es pertinente en los juicios en que interviene el Jurado, por dos razones: "la primera, porque el Jurado es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso, según su íntima convicción; y segunda, porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrado como causal de casación, según lo dejó establecido la Comisión redactora del nuevo Código de Procedimiento. Es éste por tanto un problema de estudio exclusivo de las instancias", (sentencia de 3 de noviembre de 1944, G. J. T. LVII, Pág. 756 y muchas otras).

No sobra, sin embargo, anotar lo siguiente:

1º El Jurado, al ocuparse del cargo de homicidio formulado a Hebert Antonio Ortigoza, respondió que "sí es responsable" de "haber causado la muerte a Tito Veloza Veloza... con propósito de matar; con premeditación acompañada de motivos innobles; para preparar, facilitar y consumar otro delito; en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, y abusando de las condiciones de inferioridad del ofendido...".

Y este veredicto no fue declarado contrario a la evidencia de los hechos.

2º Ya se dejó observado que la falta de designación de curador al procesado que no haya cumplido veintiún años de edad, para los efectos de la declaración indagatoria, no acarrea la sanción de nulidad de esa diligencia. Se dijo, además, que con el lleno de las formalidades legales, al sindicado Ortigoza se le volvió a recibir declaración de inquirir, en la que dejó el mismo relato de los hechos que había hecho antes.

Ahora bien:

Atendido que, según el artículo 499 del Código de Procedimiento Penal, "la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al Juez de derecho", corresponde examinar el segundo reparo que hace el actor a la sentencia impugnada a través de la causal segunda de casación.

Se tiene, a este respecto, que en ningún error manifiesto incurrió el Tribunal Superior de Cúcuta en la dosimetría de la sanción señalada al recurrente Hebert Antonio Ortigoza, pues tuvo en consideración la circunstancia de menor peligrosidad a que alude el actor, como anota el señor Agente del Ministerio Público, quien dice:

'Si el Juzgado del conocimiento condenó, en vista de la gravedad de los delitos cometidos, a los tres sindicados, a las penas de veinticuatro años de presidio, y la sentencia del Tribunal Superior rebajó esa sanción a veinte años de presidio, y en el texto de la providencia así se dice, sí se to-

maron en consideración por el H. Tribunal, al afirmar: 'En cambio, militan su favor las de menor peligrosidad consistentes en la buena conducta anterior y en el caso particular de Ortigoza el no ser mayor de edad cuando cometió el crimen (Art. 40 de la Ley 83 de 1946). En tales circunstancias la pena aplicable para el delito más grave, o sea para el homicidio agravado, será el mínimo señalado para tal infracción, o sea quince años, la cual habrá de aumentarse en cinco, por virtud del concurso'. En tales condiciones, no es exacto que el fallador de primera (sic) instancia no haya reconocido ni la buena conducta anterior de los sindicados, ni la minoridad de Ortigoza".

No tiene, por tanto, demostración este cargo.

c) Causal primera:

El fallo objeto del recurso de casación no viola la ley penal, ni por errónea interpretación, ni por indebida aplicación de la misma.

Los dos cargos propuestos por el demandante a través de la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal no resultan probados, como pasa a demostrarse:

Primer cargo

Comparte la Sala la réplica del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal a este reparo del demandante, a saber:

"Es más un sofisma que una realidad el argumento del..." actor..., "ya que no es exacto que para configurar la agravante de la asechanza baste que el delito se cometa en despoblado. No es racional argumentar en esa forma, al decir, a contrario, que la asechanza sólo pueda tener operancia en sitios no poblados, no solo porque la práctica en materia de delitos contra la vida y la integridad personal enseña otra cosa, sino porque, en buen romance, según el apoderado la asechanza nunca podría tener vigencia o realidad en las urbes, lo cual no es exacto".

No procede, por tanto, tener como demostrado este primer cargo.

Segundo cargo

Este otro reparo ya fue materia de examen dentro del estudio de las tachas propuestas por el demandante a través de la causal segunda de casación y ya se dijo que no prospera. Corresponde, por consiguiente, hacer esta misma aseveración en esta nueva oportunidad.

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 2º Delegado en lo Penal, RESUELVE: 1º DESECHAR el recurso de casación interpuesto por el procesado Hebert Antonio Ortigoza contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta, de que se ha hecho referencia, y 2º DECLARAR DESIERTO el recurso de casación interpuesto contra el mismo fallo por los procesados Oscar Antonio Gómez Contreras y Gilberto Fuentes Rangel, a quienes se condena en costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León, Srio.

VIOLENCIA CARNAL

Formas de consumación que reviste este delito según el artículo 316 del Código Penal. — Cuándo puede integrarse, como delito en sí mismo, el "acceso carnal homosexual", definido en el inciso 2º del artículo 323 del Código Penal. — Apreciación de las prescripciones de la ley respecto a las disposiciones que el Código contiene en materia de delitos "contra la libertad y el honor sexuales". — Testimonio. — Grado de credibilidad atribuible al declarante. — Facultad del Juez para apreciar y decidir sobre el mayor o menor poder de convicción de la prueba. — Causal del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

1. El delito de violencia carnal, según el artículo 316 del Código Penal, reviste tres formas de consumación, referida la primera, a la obtención del acceso carnal "mediante violencia física o moral", la segunda, a la práctica de ese acceso carnal con "menor de catorce años", aunque haya sido consentido, y la tercera, a esa misma unión con "persona a la cual se haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia".

Es claro, de otro lado, que la locución "**acceso carnal**", contenida en el predicho texto legal, comprende el ayuntamiento sexual, mediante la introducción del asta viril por cualquiera de los esfínteres —recto o vagina— fenómeno que de suyo indica que del delito de violencia carnal puede ser sujeto pasivo, en cada una de sus expresadas tres formas, tanto el hombre como la mujer.

El "acceso carnal homosexual", como delito en sí mismo, definido en el inciso 2º del artículo 323 del Código Penal, sólo puede integrarse cuando no es base del delito de violencia carnal o del de corrupción de menores, que son las dos expresas figuras delictuosas con que el ministerio penal preserva la incolumidad sexual, tomado este concepto en su más amplio sentido, de las personas menores de 16 años.

Esta interpretación del artículo 316 del Código Penal, en relación con el inciso 2º del artículo 323 de la misma obra, a más de ser obvia y comportar la explicación racional y congruente de la frase "cualquiera que sea su edad", que se encuentra en la segunda de las dos normas, consulta el sano principio de hermenéutica, según el cual las prescripciones de la ley deben ser apreciadas en conjunto, de manera lógica, siguiendo el criterio de unidad a que generalmente responden y que es indudable respecto a todas las disposiciones que el Código contiene en materia de delitos "contra la libertad y el honor sexuales".

2. La fuerza probatoria del testimonio reside, acorde con lo dispuesto en el artículo 224 del C. de P. Penal, no en su número, sino en "**su credibilidad**", determinable a través de una elaboración crítica, realizada mediante la aplicación de las normas científicas al respecto. De ahí que se diga, con justificada razón, que "es característico en la prueba testimonial el sistema de la libre apreciación o de convicción íntima, por parte del juez en cuanto a su mérito, dada la naturaleza de esta prueba y los múltiples factores que en ella intervienen en cada caso particular. Esa libre apreciación hace referencia a la facultad del funcionario para medir, de acuerdo con todas las condiciones y circunstancias del

testimonio, el grado de credibilidad atribuible al declarante, y con ese grado, decidir sobre el mayor o menor poder de convicción de la prueba". (Rendón Gaviria, Curso de Procedimiento Penal Colombiano, Pág. 239).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre 29 de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres).

Vistos

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Faraón Guzmán Guerrero contra la sentencia del 21 de mayo del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, lo condenó, como responsable del delito de violencia carnal en el menor Edgar José Cuéllar, a la pena de "treinta (30) meses de prisión" y accesorias consiguientes.

Los antecedentes

De las numerosas pruebas que obran en el proceso se desprende que Faraón Guzmán, aprovechando su calidad de profesor y prefecto de disciplina del Colegio "Fray Juan Martín de la Palma", ubicado en la carrera 12 Sur, número 18-20 de esta ciudad, sometió al acceso carnal homosexual, durante el primer semestre de 1963, a varios de los menores que allí estudiaban, entre ellos a Edgar José Cuéllar, quien para entonces no alcanzaba a 9 años, hecho que, entendido como integrante del delito de violencia carnal, dio lugar a que el Juzgado 1º Penal del Circuito, en auto del 14 de marzo del año pasado, lo llamara a juicio y más tarde a que, mediante sentencia del 26 de junio, también de ese año, lo condenara a la pena de "treinta (30) meses de prisión", imponiéndole, asimismo, las penas accesorias que estimó debidas, fallo que el Tribunal de Bogotá, confirmó, con algunas modificaciones respecto a esas penas accesorias, en el suyo del 21 de mayo de este año.

La demanda de casación

En la demanda el recurrente invoca, por conducto de su apoderado, la causal de casación del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada es "violatoria de la ley sustancial" por "aplicación indebida" de ella y por "apreciación errónea" de la prueba, tesis que fundamenta, en sus dos aspectos, aduciendo estas razones:

a) La conjunción por el recto, aunque se practique con menor de 14 años, si es consentida, no configura violencia carnal, reprimible, en esa suerte, dentro de la esfera del artículo 316 del Código Penal, sino el simple delito de "acceso carnal homosexual", previsto en el inciso 2º del artículo 323 de la misma obra, disposición que, por lo tanto, ha debido aplicarse en el caso de autos en lugar de aquélla, cuya inconducencia es manifiesta, precisamente porque, de esas dos normas, la segunda es "de carácter especial" y se refiere, sin consideración a edad, al acto homosexual, situación que la hace privar sobre la primera, que es de tipo "general".

b) No existe "plena prueba" en torno al "acceso carnal homosexual", puesto que en el particular sólo se dispone "del testimonio del menor" Cuéllar, "prueba incompleta", que aunque en la sentencia se le "rodea del dicho" de otros menores, relativo a prácticas de pederastia consumadas en ellos por Guzmán, a "ninguno de esos menores" le consta que éste hubiera sometido a aquél al "acceso carnal homosexual" y entonces la referida prueba, a más de ser incompleta, también es "única", condiciones que la determinan como "insuficiente para condenar".

El Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de cuidadoso estudio de la demanda, solicita que se deseche el recurso.

Para resolver se considera

I. El delito de violencia carnal, según el artículo 316 del Código Penal, reviste tres formas de consumación, referida la primera, a la obtención del acceso carnal "mediante violencia física o moral", la segunda, a la práctica de ese acceso carnal con "menor de catorce años", aunque haya sido consentido, y la tercera, a esa misma unión

con "persona a la cual se haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia".

II. Es claro, de otro lado, que la locución "acceso carnal", contenida en el predicho texto legal, comprende el ayuntamiento sexual, mediante la introducción del asta viril por cualquiera de los esfínteres —recto o vagina— fenómeno que de suyo indica que del delito de violencia carnal puede ser sujeto pasivo, en cada una de sus expresadas tres formas, tanto el hombre como la mujer.

III. El "acceso carnal homosexual", como delito en sí mismo, definido en el inciso 2º del artículo 323 del Código Penal, solo puede integrarse cuando no es base del delito de violencia carnal o del de corrupción de menores, que son las dos expresas figuras delictuosas con que el ministerio penal preserva la incolumidad sexual, tomado este concepto en su más amplio sentido, de las personas menores de 16 años.

IV. Esta interpretación del artículo 316 del Código Penal, en relación con el inciso 2º del artículo 323 de la misma obra, a más de ser obvia y comportar la explicación racional y congruente de la frase "cualquiera que sea su edad", que se encuentra en la segunda de las dos normas, consulta el sano principio de hermenéutica, según el cual las prescripciones de la ley deben ser apreciadas en conjunto, de manera lógica, siguiendo el criterio de unidad a que generalmente responden y que es indudable respecto a todas las disposiciones que el Código contiene en materia de delitos "contra la libertad y el honor sexuales".

V. De modo, pues, que la causal de la impugnación es improcedente en el primer aspecto de su invocación.

VI. La fuerza probatoria del testimonio reside, acorde con lo dispuesto en el artículo 224 del C. de P. Penal, no en su número, sino en "su credibilidad", determinable a través de una elaboración crítica, realizada mediante la aplicación de las normas científicas al respecto. De ahí que se diga, con justificada razón, que "es característico en la prueba testimonial el sistema de la libre apreciación o de convicción íntima, por parte del Juez en cuanto a su mérito, dada la naturaleza de esta prueba y los múltiples factores que en ella intervienen en cada caso particular. Esa libre apreciación hace referencia a la facultad del funcionario para medir, de acuerdo con todas las condiciones y circunstancias del testimonio, el grado de credibilidad atribuible al declarante, y con ese grado, decidir sobre el mayor o menor poder de convicción de la prueba". (Rendón Gaviria, Curso de Procedimiento Penal Colombiano, Página 239).

VII. No se observa, de otra parte, que en la sentencia acusada se hubiera incurrido en "apreciación errónea" del testimonio del menor Cuéllar, el cual, mirado sin reparo ni objeción en la demanda, no obra, por lo demás, como "única prueba de cargo", puesto que en el proceso aparecen la aserciones de los impúberes Jaime Criollo, Fernando Méndez, Jairo Méndez, Gabriel Carreño, Guillermo Patiño y Carlos Alberto Ruiz en torno a las prácticas homosexuales a que los sometió el incriminado Guzmán, hecho que, como es obvio, señalando la pertinaz, porfiada e incontrolable inclinación de aquél hacia la torpe aberración que se le imputa, en el carácter de indicio, robustece y da plena solidez a la testificación del menor Cuéllar.

VIII. Tampoco prospera, en consecuencia, la causal de la impugnación en el segundo aspecto de su invocación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación de que se trata en la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario.

CUERPO DEL DELITO

En el homicidio, dada la relación causal entre la conducta del agente y el fallecimiento de la víctima, debe tenerse como probado el cuerpo del delito, aún sin diligencia de autopsia.

1. Si el cuerpo del delito no es otra cosa que el delito mismo a través de todos los episodios de su realización externa, es obvio que en el homicidio no debe confundirse el cuerpo del delito con el cuerpo de la víctima, ni rechazar la existencia del reato cuando no se ha llevado a cabo la diligencia de autopsia, si de otros elementos de juicio se desprende plenamente la relación de causalidad material entre la agresión del agente y el fallecimiento del sujeto pasivo.

Refiriéndose el tratadista Eduardo Levene, en su obra "El Delito de Homicidio" (Editorial "Perrot", Buenos Aires, 1955, Pág. 35), a la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Argentina y a las de la Corte de Tucumán, del Superior Tribunal de Santa Fe y de la Cámara de Apelaciones de Rosario, según las cuales se admiten todos los medios de prueba para establecer el cuerpo del delito de homicidio, dice que "es lógica esta jurisprudencia, pues bastaría que el homicida haga desaparecer el cadáver de la víctima para que su conducta quede impune, o sea que la sociedad se encontraría indefensa, precisamente en aquellos casos que ponen de manifiesto mayor peligrosidad del autor. Además, aplicando el criterio contrario a cualquier otro delito, sería imposible por ejemplo sancionar a quien sustrae una cosa y la consume o la hace desaparecer".

2. Si para los jueces de hecho fueron suficientes los elementos de juicio en que apoyó su veredicto, es obvio que no es pertinente, así se pretenda con invocación de la causal cuarta de casación del artículo 567 del C. de P. P. abrir un nuevo debate sobre la prueba, por supuesto error en la apreciación de ella, formular el cargo que se examina, pues técnicamente sólo puede proponerse con invocación de la causal segunda de casación indicada en el citado artículo, la cual no procede en los juicios en que interviene el Jurado, como en numerosas oportunidades lo ha dicho la Corte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre 6 de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 26 de enero del corriente año, por la cual impone al procesado Vicente Garzón Díaz la pena principal de quince años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Miguel Devia.

Conoció en primera instancia el Juzgado 5º Superior de la misma ciudad, cuyo fallo fue confirmado por el ad-quem, mediante la sentencia recurrida.

Hechos y trámites del proceso

La Sala acoge el siguiente resumen de lo ocurrido, señalado por el Tribunal Superior de Ibagué al hacer un examen de los elementos de juicio traídos al proceso:

"A eso de las seis de la tarde, el diez y siete de abril de mil novecientos sesenta y tres, el procesado Vicente Garzón Díaz dio muerte de un tiro de escopeta al infortunado Miguel Devia, en el punto llamado Iguasal o Llanitos, de la vereda La Salada,

de la jurisdicción municipal de Suárez,...". Es esta "una cuestión que no admite la menor duda, si nos atenemos a la confesión que hizo el reo y también a lo que expusieron los menores Miguel Góngora y Rosalba Góngora, en el sentido de que momentos antes de producirse la muerte y cuando ellos se le habían adelantado un poco en el camino que transitaban junto con el ofendido, vieron apostado a un lado de la vía, detrás de un árbol, nada menos que al procesado Vicente Garzón Díaz, en actitud de espera, con una escopeta tendida como apuntando hacia los viandantes... y a lo que agrega el relato que hace Rufina Góngora, quien cuenta que al llegar a ese sitio inmediatamente de producirse el ataque y estando aún allí el agresor, éste, prorrumpiendo en palabras soeces contra dicha mujer que había hecho vida marital con Miguel Devia, dijo que tenía ganas de matarla también, junto con los hijos, para acabar hasta con la semilla, rematando todo esto con las amenazas que Vicente Garzón Díaz había hecho dizque de eliminar al citado Miguel Devia, quien por dicho motivo vivía temeroso, según lo declaran en autos.

"Mas sucede que el procesado, al rendir indagatoria, hubo de manifestar que en realidad había disparado su escopeta en esta ocasión contra Miguel Devia, como último recurso y para defenderse de él cuando le había salido al camino atacándolo con una peinilla, en forma tan aleve y peligrosa, que no le había quedado más recurso que darle un tiro. Y claro, que para salir avante en su dicho, presentó tal arma, en la cual se veían veinte incisiones por los lados del cañón y una en la culata. También un sombrero con cinco cortadas en el ala. Pero para mal de Garzón Díaz, su versión ha salido mal librada en el expediente. Ninguno de quienes vieron instantes ante de la agresión a la víctima nos habla de que le hubieran visto llevando machete, ni mucho menos en la diligencia de levantamiento del cadáver se le encontró arma semejante. Y si observamos las fotografías que del sombrero en cuestión y la mentada escopeta hay en el expediente, nos percatamos de que esas cortadas son hechas con una regularidad desconcertante, paralelas en el arma de fuego y a igual distancia en ésta y en el chambergo. Queda uno desconcertado acerca de la manera como pudieron producirse esos cortes en dicha prenda expuesta al aire, con bordes tan definidos y lo único que podríamos inferir, conforme a su turno lo hizo el Laboratorio Forense de Bogotá, es que las dichas cortadas se produjeron con algo muy cortante, como una barbera, una cuchilla de afeitar o unas tijeras, pero de todas maneras muy dudoso que lo fuera con el mismo instrumento que también era capaz de penetrar en el acero de la referida escopeta, como lo hemos visto. Auméntase nuestra extrañeza, con el hecho de que si como lo dice el reo, él tenía ese sombrero cuando recibió tamañas cortadas y a su persona nada le sucedió, sin sufrir el menor rasguño, indicándonos que todo eso es ni más ni menos que una patraña urdida en forma burda e ingenua, pues al suponer que haciendo posteriormente tales incisiones en la escopeta y el sombrero engañaba a la justicia y se salvaba de pagar su delito".

Clausurada la investigación, el Juzgado 5º Superior de Ibagué llamó a juicio al recurrente, por el delito de homicidio. En la parte motiva de esta providencia se anota lo que pasa a transcribirse:

"La materialidad del delito de homicidio perpetrado en la persona de Miguel Devia aparece plenamente establecida en los autos, porque aun cuando no se practicó la prueba técnica de la autopsia, esa omisión la suplen, en primer lugar, la diligencia de levantamiento del cadáver, en la cual se constató por el instructor y los peritos, como signo de violencia, 'una herida causada con arma de fuego, y, en segundo lugar, los testimonios de Rufina Góngora, Anunciación Calderón v. de Góngora, Gabriel Cruz y José Santos Leal Calderón, quienes dan cuenta de haber encontrado el cadáver del citado Devia, en circunstancias que guardan estrecha relación con la herida mencionada".

En ese mismo auto se dice:

"e) De otra parte, sobre el terreno fueron encontradas varias..." huellas... "que destruyen las afirmaciones de éste y permiten derivar la conclusión de que el homicidio de Devia se perpetró en distinta forma de la confesada por el sindicado. En

efecto: en la diligencia de levantamiento del cadáver hay constancia de que en medio de un árbol de 'iguá' y otro de 'venadillo', fue encontrada una varilla de escopeta, arma ésta con la que, justamente se produjo el disparo fatal; el testigo José Santos Leal Calderón, quien asistió como perito a la diligencia de levantamiento del cadáver, encontró el día siguiente que detrás de un árbol de 'iguá' había huellas de pisadas, y el lugar, dice, 'presentaba el aspecto de que hubiera estado alguna persona allí puestiando a otra persona, pues se veía perfectamente el pisoteo'; en ese lugar, agrega el citado testigo, fueron encontrados una colilla y varios tabacos enteros, y cerca al mismo árbol de 'iguá', añade el testigo, 'encontramos también unas ramitas partidas y tal parecía en la yerba del rededor que había habido gente sentada en aquel lugar', huellas todas estas que demuestran, cómo en ese sitio hubo recientemente una persona en actitud de asecho. Y esa persona. a juzgar por los testimonios de los niños Miguel y Rosalba Góngora, fue el procesado Vicente Garzón, a quien vieron 'escondido detrás de un palo grueso de 'iguá' verde y grande y grueso', con una escopeta apuntando hacia el camino, actitud que recoge una de las gráficas tomadas durante la reconstrucción de los hechos. Y, en perfecta correspondencia con estas circunstancias, las huellas de sangre encontradas en la diligencia de levantamiento del cadáver, partían, según lo anota el testigo José Santos Leal, 'desde al frente del árbol de iguá hasta abajo o sea hacia el occidente y se midieron veintidós metros hasta donde se encontró el cadáver'. La versión del procesado aparece, así pues, desvirtuada ampliamente en el proceso, y como lo que se deduce del análisis probatorio que precede, es que el homicidio por él perpetrado se ejecutó con premeditación acompañada de motivos bajos y con asechanza, procede dictar auto de llamamiento a juicio contra el procesado Garzón Díaz, como responsable de un delito de homicidio con las características de asesinato ya deducidas".

Verificada la audiencia pública, el Jurado respondió afirmativamente al siguiente cuestionario:

"El acusado Vicente Garzón Díaz es responsable de haber dado muerte a Miguel Devia, con el propósito de matar, mediante lesión causada con arma de fuego (escopeta), hecho cometido con premeditación acompañada de motivos bajos y asechanza, que tuvo ocurrencia la tarde del diez y siete de abril de mil novecientos sesenta y tres, en la vereda de 'La Salada', de la comprensión Municipal de Suárez?"

Con fundamento en el anterior veredicto fueron proferidos los fallos de primera y de segunda instancia, de que se hizo ya referencia.

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público

El señor apoderado del recurrente invoca la causal cuarta de casación, prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y formula los siguientes cargos:

1º Que no fueron probados el cuerpo del delito, ni la asechanza.

Dice el demandante que "si el C. de P. P. exige para el llamamiento a juicio la comprobación plena del cuerpo del delito, entonces un llamamiento a juicio que no reúna esta condición constituye un acto jurídico jurisdiccional nulo, que no puede producir efectos jurídicos de ninguna naturaleza. Los actos procesales que se ejecutan en cumplimiento de ese auto son completamente nulos. En este caso se acusaba a Vicente Garzón Díaz de haber cometido un homicidio con asechanza y alevosía. Es decir, un homicidio calificado. El cuerpo del delito debía demostrarse con la muerte violenta y con las circunstancias accesorias de haber estado esperando la víctima para hacerle la salvaje cacería. Y esos son los elementos constitutivos del cuerpo del delito porque así lo dice la ley".

Agrega que "la diligencia de inspección ocular y los testimonios a que alude el Juzgado no son suficiente prueba de demostración del elemento material del delito en este caso. Como el sindicado expuso que la muerte de Devia ocurrió cuando estaba forcejeando con él, en pelea cuerpo a cuerpo, era necesario un dictamen pericial sobre esta circunstancia para determinar a qué distancia fue hecho el disparo mortal.

Establecer los tatuajes que deja la pólvora cuando el disparo se hace a corta distancia. Esa diligencia era esencialísima al elemento material y sin ella no se podía hacer la calificación del proceso. Menos se podía hacer un enjuiciamiento".

2º Que al recurrente le fue negado el derecho de defensa.

Dice el señor personero de Garzón Díaz que éste "no tuvo defensor. Ha sido juzgado sin ser oído ni vencido en juicio. En ninguna de las etapas importantes del negocio se escuchó la voz de la defensa, que constituye todo un conjunto de hechos dicientes dentro del negocio penal. El proveimiento de pruebas en orden a la clarificación de la verdad. La exigencia del cumplimiento de los mandatos legales dentro del proceso. La demostración de la inocencia del sindicado o su posición favorable ante la ley".

Anota que no se interpusieron recursos, ni se solicitaron pruebas en beneficio de su mandante, ni se hizo alegato alguno para "impugnar los testimonios de cargo de dos menores, llevados allí a relatar hechos que de conformidad con las fotografías no son ciertos, porque esa posición de los niños no es la de un hombre que asecha y espera para asesinar. No tuvo defensa en una palabra y por eso el doctor Acosta, quien asistió a la audiencia, nada podía hacer por el procesado. Tenía que cumplir un formalismo, como era el del uso de la palabra y nada más".

Concluye solicitando que se declare la nulidad de lo actuado desde el auto de proceder.

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones del demandante, pues lo que éste se ha propuesto es "que la Corte entre a avaluar las pruebas tenidas en cuenta por el fallador... lo cual no puede hacerse al amparo de la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P., que no es de recibo en la técnica de casación... en los juicios en que interviene el jurado"; y que no es cierto que el recurrente careciera de defensa.

La Sala considera

Ninguno de los cargos que formula el actor a través de la causal cuarta de casación, prevista en el artículo 567 del C. de P. P., resulta demostrado.

Se tiene, en efecto:

Primer cargo

a) El cuerpo del delito de homicidio quedó plenamente comprobado en este proceso con los elementos de juicio examinados en la sentencia acusada.

Es cierto que no se llevó a cabo la diligencia de autopsia. Pero resultan tan concluyentes las pruebas tomadas en cuenta en el auto de proceder, sobre ese particular, que surge de manera clara la relación de causalidad material entre el fallecimiento de Miguel Devia y el disparo de arma de fuego que el recurrente hizo contra aquél.

Así se desprende no sólo de los diferentes testimonios traídos al informativo, sino también de la diligencia de levantamiento del cadáver, en la que se dice que el occiso presentaba "una herida en el tórax... al parecer hecha con arma de fuego (escopeta de fisto) y a quemarropa, porque el tiro no traspasó el cuerpo".

Si el cuerpo del delito no es otra cosa que el delito mismo a través de todos los episodios de su realización externa, es obvio que en el homicidio no debe confundirse el cuerpo del delito con el cuerpo de la víctima, ni rechazar la existencia del reato cuando no se ha llevado a cabo la diligencia de autopsia, si de otros elementos de juicio se desprende plenamente la relación de causalidad material entre la agresión del agente y el fallecimiento del sujeto pasivo.

Refiriéndose el tratadista Eduardo Levene, en su obra "El delito de homicidio" (Editorial "Perrot", Buenos Aires, 1955, Pág. 35), a la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Argentina y a las de la Corte de Tucumán, del Superior Tribunal de Santa Fe y de la Cámara de Apelaciones de Rosario, según las cuales se admiten todos los medios de prueba para establecer el cuerpo del delito de homicidio, dice que "es lógica esta jurisprudencia, pues bastaría que el homicida haga desaparecer el cadáver de la víctima para que su conducta quede impune, o sea que la sociedad se encontraría indefensa, precisamente en

aquellos casos que ponen de manifiesto mayor peligrosidad del autor. Además, aplicando el criterio contrario a cualquier otro delito, sería imposible por ejemplo sancionar a quien sustrae una cosa y la consume o la hace desaparecer".

b) Ni la asechanza, ni la alevosía, hacen parte del cuerpo del delito de homicidio porque fue llamado a juicio el recurrente.

En la parte motiva del auto de proceder se señalaron, como circunstancias agravantes, "la asechanza y la premeditación acompañada de motivos bajos", sobre las cuales se pronunció el Jurado afirmativamente.

Si para los jueces de hecho fueron suficientes los elementos de juicio en que apoyó su veredicto, es obvio que no es pertinente, así se pretenda con invocación de la causal cuarta de casación del artículo 567 del C. de P. P. abrir un nuevo debate sobre la prueba, por supuesto error en la apreciación de ella, formular el cargo que se examina, pues técnicamente sólo puede proponerse con invocación de la causal segunda de casación indicada en el citado artículo, la cual no precede en los juicios en que interviene el Jurado, como en numerosas oportunidades lo ha dicho la Corte.

Segundo cargo

No careció de asistencia jurídica el recurrente. En las dos etapas del proceso estuvo asistido por un abogado, y en la audiencia pública, según aparece del acta correspondiente, luego de una larga intervención solicitó que su asistido fuera absuelto.

Al respecto, dice el señor Agente del Ministerio Público que "el recurso de apelación..." del auto de proceder... "que echa de menos el recurrente, no puede en ningún momento equipararse a una falta de defensa. Antes bien, pudo considerar el defensor que en un juzgamiento rápido, atendida la justeza de las pretensiones de su poderdante, podía de manera fácil sostener lealmente los puntos de vista jurídicos que respaldaran la posición del enjuiciado".

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 2º Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León, Secretario.

UNIDAD DE PROCESO

Es obvio que no puede mantenerse la unidad del proceso cuando no todos los sindicados pueden ser llamados a juicio. — No procede reabrir el debate sobre responsabilidad de los juicios en que interviene el Jurado, así se invoque, contra toda técnica, la causal cuarta de casación.

Si de acuerdo con las pruebas traídas al informativo, correspondía dictar auto de proceder contra los sindicados, es obvio que no era del caso suspender su juzgamiento en espera de que los resultados de la averiguación penal reabierta con respecto a los sindicados sobreseídos temporalmente permitiera definir su situación jurídica, ya con un sobreseimiento definitivo, ora con su llamamiento a juicio, para que, en tales condiciones y como pretende el demandante, pudiera cumplirse con la norma contenida en el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal.

Este precepto, que rige con mayor plenitud para la etapa del sumario, en cambio, como es obvio, no es aplicable en la etapa del juicio sino con respecto a los sindicados enjuiciados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre 6 de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Agotado el trámite correspondiente, procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil por el procesado José Agustín Flórez Ariza, fallo por el cual le fue impuesta la pena principal de diecinueve años de presidio, como responsable de los delitos de homicidio y robo.

Conoció en primera instancia el Juzgado 2º Superior de El Socorro.

Hechos

El Tribunal Superior de San Gil hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"En las primeras horas de la mañana del dieciocho de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, llegaron unos veinte individuos a la casa de Epaminondas Velasco, situada en el punto de 'Alto Bello', en la vereda de 'El Pichudo', del corregimiento de Landázuri, de la comprensión Municipal de Vélez. Después de hacer algunos disparos de arma de fuego, disparos que fueron contestados por el dueño de la casa, solicitaron de éste que saliera ya que no pretendían causarle daño. Velasco confiado en las promesas de los asaltantes, salió hasta el corredor de la casa en donde los forajidos le exigieron la entrega de las armas que portaba, a lo cual éste obedeció, y en el momento en que hacía entrega de su escopeta, José Agustín Flórez le hizo un disparo, a consecuencia del cual falleció. Posteriormente los asaltantes hicieron el saqueo de la casa y Segundo Díaz Ruge, en forma violenta, hizo uso carnal de Rita Emma Velasco, hija de Epaminondas".

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público

El señor apoderado de José Agustín Flórez Ariza, con invocación de la causal cuarta de casación, hace los siguientes cargos a la sentencia acusada:

1º Violación del artículo 52 del C. de P. P.

Dice el actor lo que pasa a transcribirse:

"Previene el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal, que para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes; y que igual norma se seguirá si se tratare de varios delitos cometidos en concurso recíproco, o acuerdo de varias personas, ya sea permanente o transitorio...". Esta norma se violó "en el presente juicio, pues sólo se llamó a responder ante el Jurado a Flórez y a Díaz Ruge, cuando aparece plenamente probado que al asalto y a la perpetración de los delitos concurrieron con voluntad y acción más de veinte personas, las cuales llegaron a la casa de Velasco con el ánimo de robar y cometer delitos. La presencia de todas esas personas, solidarizadas en el ánimo de realizar ilícitos en esa casa, hace que todos los concurrentes sean copartícipes de los hechos realizados. Sin la presencia intimidativa de los veinte o más fascinerosos, no se hubiera disparado sobre Epaminondas Velasco, ni se hubiera cometido el robo, ni se hubiera realizado el delito de violencia carnal. Consecuencialmente, ha debido llamarse a juicio a todos los integrantes de la banda, y al no hacerlo, se violó una de las formas propias del juicio penal, pues puede darse el hecho insólito de que por unos mismos hechos recaigan varios fallos distintos. Al no decidirse sobre la situación jurídica de todos los sindicados, hubo una calificación incompleta, que es causal de nulidad constitucional".

2º Violación del artículo 153 del C. de P. P.

Dice el demandante que el Tribunal Superior de San Gil no resolvió la petición que fuera formulada para que, en favor del sindicado José Agustín Flórez Ariza, se ordenara la cesación del procedimiento, fundada en que "no había cometido el homicidio imputado, pues no podía estar ocupando dos lugares al mismo tiempo en el espacio: en la casa de Velasco y en Landázuri".

Expresa que con esa irregularidad se incurrió en una nulidad del proceso, pues no se cumplieron las formas propias del juicio.

Agrega que "aquí, en este caso, ha habido un juicio penal no definido definitivamente cuando se solicitó la cesación del procedimiento".

Ahora bien:

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal estima que "la causal cuarta de casación que ha sido invocada carece de fundamento procesal y jurídico, por cuyo motivo es el caso de solicitar de la Corte... que deseche el recurso interpuesto".

A las consideraciones del señor Agente del Ministerio Público habrá de referirse la Sala al estudiar los cargos propuestos por el personero del recurrente.

La Sala considera

No es pertinente la nulidad demandada, pues ninguno de los cargos que señala el actor, con invocación de la causal cuarta de casación del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, resulta demostrado.

Se tiene, en efecto:

Primer cargo

Es cierto que en las instancias únicamente se llamó a juicio a los procesados José Agustín Flórez Ariza y Segundo Díaz Ruge, pues en favor de los demás sindicados se sobreseyó temporalmente y se dispuso reabrir la averiguación penal. Pero ello no implica que se incurra en la violación del artículo 52 del Código de Procedimiento Penal y mucho menos que conlleve la nulidad constitucional de que habla el demandante. Sencillamente, tanto el Juzgado 2º Superior de El Socorro, como el Tribunal Superior de San Gil, al calificar el mérito del sumario, dada la estimación que hicieron de los elementos de juicio, no encontraron reunidas las exigencias señaladas en el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal para proferir auto de proceder, asimismo, contra los sindicados que fueron sobreseídos y dieron cumplimiento al precepto contenido en el artículo 436 de la misma obra, según el cual "el sobreseimiento será temporal: 1º Cuando no aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito, y, 2º Cuando no exista contra el procesado la prueba suficiente para llamarlo a juicio".

Si de acuerdo con las pruebas traídas al informativo, correspondía dictar auto de proceder contra Flórez Ariza y Díaz Ruge, es obvio que no era del caso suspender su juzgamiento en espera de que los resultados de la averiguación penal reabierta con respecto a los sindicados sobreseídos temporalmente permitiera definir su situación jurídica, ya con un sobreseimiento definitivo, ora con su llamamiento a juicio, para que, en tales condiciones y como pretende el demandante, pudiera cumplirse con la norma contenida en el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal.

Este precepto, que rige con mayor plenitud para la etapa del sumario, en cambio, como es obvio, no es aplicable en la etapa del juicio sino con respecto a los sindicados enjuiciados.

Sobre este mismo tópico, dice el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal lo que pasa a transcribirse:

"Es la ocasión para decir que por discrepar el suscrito Procurador Delegado de las ideas expuestas por el señor apoderado Téllez Camacho, considera que la iniciación o la apertura de una causa criminal no puede depender de la circunstancia consistente en que con relación a todos los sindicados de los hechos que determinaron la apertura de un sumario, no sea posible dictar auto de proceder. Y se discrepa con razón, porque de aceptarse semejante pretensión tan peregrina o descabellada del doctor Téllez Camacho, se confrontaría como absurda secuela el estancamiento del proceso penal, pues aun cuando, como en el caso presente, se pudo oportunamente allegar la prueba requerida por la ley para proferir auto de llamamiento a juicio de dos de los sindicados, ese llamamiento no habría sido posible ordenarlo sino preciso postergarlo hasta tanto no se trajera al expediente, con respecto a otros sindicados que fueron sobreseídos temporalmente mediante la providencia de los folios 180 y siguientes, del cuaderno 2º, la prueba necesaria para aplicar en su contra el artículo 429 del C. de P. P....".

Segundo cargo

La Sala comparte y prohija la réplica del señor Agente del Ministerio Público a esta segunda tacha que hace el actor:

Dice el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que "con este modo de proceder y so pretexto de repetir ante la Corte su alegación hecha al solicitar la aplicación del artículo 153 del C. de P. P., en favor de su representado, pretende que por esa Corporación, que no es tribunal de instancia, se reconozca la inocencia de Flórez Ariza, por virtud de que este individuo, como cualquier otro ser humano, no participa del don de la ubicuidad. Cosa es esta absolutamente inadmisible, desde luego que no debe olvidarse que por haber intervenido en la decisión de la causa en referencia, el Jurado de conciencia, es vano aducir la causal segunda de casación, así sea en la forma velada en que lo hace el actor. Por lo demás, bueno es anotar que si el Tribunal, al referirse, en el texto de su fallo recurrido, al memorial visible a los folios 23 y siguientes del cuaderno 4º, comenzó por calificar de 'sui generis' la solicitud del doctor Téllez de que se aplicara el citado artículo 153, finalmente le hizo una rotunda y perentoria rectificación a los argumentos exhibidos por el peticionario, pues supo demostrar que la coartada aducida en favor de Flórez Ariza en modo alguno podía ser aceptada".

No prospera, pues, la causal cuarta de casación invocada por el demandante.

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 contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León, Secretario.

VEREDICTO Y SENTENCIA. —DEFENSA SUBJETIVA DEL HONOR

Circunstancias constitutivas o modificadoras de la responsabilidad. — Grave e injusta provocación. — Elementos tipificadores de la provocación. — El estado de ira como circunstancia de menor peligrosidad contemplada en el numeral 3º del artículo 38 del C. P. — Legitimidad de la defensa subjetiva. — Cuando el veredicto es oscuro y casi contradictorio, es necesario acudir a una interpretación racional del mismo, para proferir la sentencia. — Sanción señalada en el artículo 362 del C. P. para el caso de autos. — En casación, no procede la reformatio in pejus oficiosa. — Causales 2ª y 1ª de casación.

1. En repetidas oportunidades ha sostenido esta Corporación que la sentencia no es otra cosa que la resultante o consecuencia de anteriores premisas: el cargo hecho en el auto de proceder, basado en la prueba, y su aceptación o rechazo por parte del Jurado, cuando éste interviene. En otras palabras, al Jurado se ha de proponer por el juez de derecho el cargo que se hizo a un determinado ciudadano, en el auto vocatorio, indicando en la respectiva pregunta, en forma clara, las circunstancias constitutivas o modificadoras de la responsabilidad. El Tribunal popular "sin atender voz distinta a la de su personal conciencia", pero apoyándose, desde luego, en las demostraciones procesales, ya que no puede ir contra ellas, en forma que contradiga la lógica, debe expresar en su respuesta, su concepto sobre la responsabilidad por la cual se le interroga. "La sentencia se dictará de acuerdo con la calificación que aquél diere a los hechos sobre los cuales haya versado el debate" (Art. 15 del Decreto 1358 de 1964).

2. El veredicto, que puede ser simplemente afirmativo o negativo de la responsabilidad, o estar complementado con explicaciones que tiendan a modificarla o a confirmar lo preguntado, no está sometido a términos legales precisos. "De modo que cuando declara, por ejemplo, una circunstancia atenuante de delito con términos equivalentes en su esencia a los empleados en la ley, debe acogerse. Resultaría demasiado sutil y contrario al criterio de los más favorables en materia penal, establecer entonces entre la frase de que se valgan los Jueces de hecho y la consignada en la ley, una diferencia sustancial". Pero el criterio de favorabilidad, en casos oscuros, no ha de inclinarse a desconocer los derechos de la sociedad, para proteger a los delincuentes e impedir su debida sanción.

De ahí que, cuando el concepto del Jurado se aparta de la realidad procesal o "es claramente contrario a la evidencia de los hechos", el Juez de derecho, que es el llamado a interpretarlo, está obligado a rechazarlo y a convocar un nuevo Jurado, de acuerdo con expresas prescripciones legales (Art. 537 del C. de P. P.).

Cuando el veredicto, como en el caso presente, es oscuro y casi contradictorio, es necesario acudir a una interpretación racional del mismo para proferir la sentencia. Y como lo indica la demanda, "parece obvio decir que lo primero que habrá que buscar será el sentido que ofrezcan los términos mismos del veredicto, según las reglas de la lógica; en seguida acudir a las exposiciones de la audiencia pública en que intervino el Jurado; y por último, llegar a las pruebas del proceso para averiguar si el

veredicto tiene algún sustentáculo probatorio".

3. Si la pretendida "defensa subjetiva del honor" no es legítima, mal puede hablarse de provocación injusta y en mayor grado, cuando la provocación surgió de persona ajena al occiso y cercana al victimario.

Cuando el hombre trata de defender su vida, su honor o sus bienes, debe obrar con la mayor cautela, para evitar que su acción se convierta en una venganza o ataque contra el que ofendió o amenazó de una parte y de la otra que, so pretexto de una defensa, se destruyan intereses muy superiores a los que se dice proteger. Esto, en casos de defensa objetiva.

Porque cuando se habla de defensa subjetiva, superior ha de ser el cuidado que se tenga por quien dice defenderse, para evitar que el hombre violento e irascible sacrifique inútilmente derechos, con la disculpa del peligro imaginario que se convirtió en él en realidad psíquica. Una serie de situaciones antecedentes al hecho, ha de tenerse en cuenta para hablar de un error esencial en cuanto a la apreciación del mismo. No que la defensa subjetiva, en todo caso, se confunda con el error referido en el numeral 2º del Art. 23 del C. P. No. En éste se requiere que se haya obrado "con plena buena fe" y con diligencia. Y esta condición es inexigible, en ocasiones, en el que dice haberse defendido. Cuando el hombre obra de buena fe, por la errónea interpretación de un hecho, su acción se excusa pues no es posible demandar de él otra conducta.

4. Si no es admisible la llamada excusa de provocación, el Tribunal tenía que aplicar la sanción señalada en el artículo 362 del C. P. y lo hizo en su mínimo, porque consideró que había circunstancias de menor peligrosidad y no de mayor. Así, no tuvo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, como tampoco se atendió a la personalidad del agente (Art. 36 del C. P.), en la dosimetría penal. Sin embargo, ninguna variación podrá hacerse sobre el particular, ya que no procede la reformatio in pejus oficiosa, en casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, 10 de diciembre de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos

Es el momento de resolver el recurso de casación interpuesta por el defensor y el procesado Noé Monsalve Alvarez contra la sentencia proferida el 19 de mayo de 1965. por el Tribunal Superior de Bucaramanga, y en la cual se condenó a éste a la pena de ocho (8) años de presidio y sanciones accesorias correspondientes.

Antecedentes

Están narrados así:

"El nueve (9) de febrero del año en curso, se encontraba **Leopoldo Obando Bonilla** en el establecimiento de cantina de **Bernarda Castellanos viuda de Dávila**, ubicado en la población de Capitanejo, ingiriendo cerveza. A las nueve de la noche, aproximadamente, llegó a la misma cantina **Noé Monsalve Alvarez** y ocupó asiento en la parte interior del establecimiento La dueña de la cantina puso fin a la música y se abstuvo de servir más cerveza a los parroquianos allí reunidos. **Leopoldo Obando** insistió que le pusieran más música y le sirvieran cerveza, pero **Bernarda Castellanos** no accedió, diciendo que se había agotado la cerveza. Intervino entonces **Noé Monsalve**, quien se dirigió a **Leopoldo Obando**, diciéndole: "se va a salir o qué va a hacer, yo soy el que mando"; **Leopoldo** le contestó que él se salía cuando le viniera en gana, por lo cual **Noé Monsalve** se le lanzó con una botella. En este momento mediaron varias personas y sacaron a **Leopoldo Obando** de la cantina hacia la calle, y **Noé Monsalve** quedó dentro de la cantina.

"Todo quedó aparentemente en calma y así transcurrió como un cuarto de hora; pero **Trinidad Alvarez de Monsalve**, madre de **Noé Monsalve Alvarez**, y **Elvira Lizarazo** salieron a la puerta de la casa a **ultrajar a Leopoldo Obando**; en este momento salió **Noé Monsalve** por el zaguán hacia la calle con el cuchillo en la mano y con esa arma agredió a **Leopoldo Obando**, quien intentó defenderse con una botella que tenía en la

mano; pero Noé Monsalve continuó su ataque a cuchillo contra Leopoldo Obando quien logró huir, perseguido de cerca por Monsalve. Se interpuso Luis Avelio Blanco Duarte y evitó que Monsalve le diera alcance a Obando (Fl. 33). Leopoldo Obando corrió algún trecho más y cayó gravemente herido frente a la casa número 4-40 de la calle 5ª, lugar donde murió instantes después".

Adelantado el proceso, por auto de 3 de julio de 1964, se llamó a juicio, ante jurado, a Noé Monsalve Alvarez por el delito de homicidio en la persona de Leopoldo Obando, hecho cumplido en las circunstancias de tiempo y lugar que atrás quedaron narradas.

Convocada la audiencia pública, se preguntó al Jurado por la responsabilidad de Monsalve Alvarez en la muerte de Leopoldo Obando, a quien causó varias lesiones con arma corto-punzante y con el propósito de matar. El Tribunal de conciencia respondió:

"Sí, pero en estado de ira provocada por la defensa subjetiva de honor".

Con base en este veredicto, el señor Juez del conocimiento, que lo fue el Tercero Suprior de Bucaramanga dictó sentencia condenatoria el 24 de septiembre de 1964. la cual fue confirmada, a su turno, por el Tribunal Superior de la misma ciudad, el 19 de mayo de 1965.

Demanda de casación

En la demanda de casación, presentada por medio de apoderado, se aducen dos causales así: la segunda y la primera de las señaladas en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

Se alega, por tanto, desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado y violación de la ley sustancial "por aplicación indebida".

Causal segunda

Sostiene el demandante, para sustentar la causal segunda, que tanto el Juzgado de la primera instancia, como el Tribunal Superior de Bucaramanga, al desechar la calificación dada por el Jurado a su respuesta afirmativa de la responsabilidad de Noé Monsalve Alvarez, desatendieron los términos del veredicto, ya que en éste se reconoció que el sujeto activo de la infracción, al dar muerte a Obando, obró dentro de las previsiones del artículo 28 del C. P., esto es, en un estado de ira proveniente de una provocación grave e injusta.

"Como el señor Fiscal del Tribunal —agrega— sí considera que el Jurado reconoció la provocación del artículo 28 del Código Penal sobre provocación (sic), el Tribunal responde que "el galimatías sobre defensa, derecho, honor, lejos de facilitar una razonada comprensión de los hechos, lleva a desembocar en el nihilismo conceptual".

Afirma luego el demandante que el jurado "no está circunscrito a los términos legales. Puede expresar su decisión por términos, que si no son los que emplea literalmente la ley penal, deben ser interpretados en la forma más lógica posible como también lo ha dicho la Corte en múltiples ocasiones".

"Es cierto, como dice el Tribunal, que el Jurado no afirmó textualmente, literalmente, que el procesado había procedido" en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación" (Art. 28 del C. P.). Pero afirmó en términos más gráficos, populares y comprensivos: "en estado de ira provocada por la defensa subjetiva del honor".

"Cuando se defiende el honor es porque ha habido una ofensa grave e injusta, que constituye una provocación injusta, porque una injuria de semejante naturaleza va contra el derecho; y grave, porque el honor es la parte más noble y elevada del patrimonio moral, que vale para el hombre honesto mucho más que la vida misma".

Al examinar el veredicto frente a las pruebas dice el apoderado:

"De manera que la provocación, según estas pruebas, que el jurado podía atender, partió de Leopoldo Obando, que desde el primer momento desafió menospreciativamente a Noé Monsalve; que ya en la calle siguió golpeando o empujando las puestas y ultrajando; que sí fue cierto que Leopoldo Obando trató de hijueputa a la madre de Monsalve; que quien atacó primero a Monsalve fue Leopoldo Obando, quien ofreció a la vista del juez las señales de los golpes que éste le dio por la cabeza; y que la madre de Monsalve lo único que hizo como injuria

contra Obando fue decirle que no atacara a su hijo y que más bien la atacara a ella.

"El Jurado no está obligado a aceptar las pruebas más lógicas o que aparezcan más lógicas al juez de derecho; es más, el jurado, se repite con la Corte, puede acoger "cualquiera demostración, así sea la más indirecta y la más mínima... como firme sustentáculo de su decisión". Eso es también jurisprudencia unánime de los Tribunales y de los jueces".

Causal primera

"El Tribunal —son palabras de la demanda—, aplicó la pena del artículo 362 del Código Penal, en su mínima, por no concurrir circunstancias de mayor peligrosidad, confirmando el fallo del Juzgado, pues nada dice sobre ello".

"Pero no aplicó la disminución del artículo 28 del Código Penal, que autoriza para disminuir la sanción del artículo 362: se aplicará una pena "no mayor de la mitad del máximo, ni menos de la tercera parte del mínimo". Aquí la tercera parte del mínimo será la de treinta y dos meses de presidio, que sería la aplicable".

Como conclusión de las anteriores alegaciones, se pide a la Corte "que invalide la sentencia recurrida de que he venido hablando y en lugar dicte la que debe reemplazarla (Art. 58, Ord. 1º del Decreto 528 de 1964 y 570, literal a) del C. de P. P.)".

Concepto de la Procuraduría

Al desechar los razonamientos del apoderado de Monsalve Alvarez, dice el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"Si los jueces de conciencia no calificaron de grave e injusta la causa del estado de ira, fue porque no consideraron probados tales requisitos o insuficientes los elementos de juicio para formar la convicción necesaria. En el caso de autos no es posible admitir que se reconoció la atenuante del artículo 28 por cuanto, se repite, la disposición exige, como lo manifestó el señor defensor en la audiencia, que el agente obre en "estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación". La expresión "sí, pero en estado de ira provocado por la defensa subjetiva del honor", carece de alcance pretendido en la demanda de casación, debido a que la ira como estado psicológico por sí misma no atenúa la responsabilidad, sino que la causa de la provocación debe provenir de una conducta ajena calificada como grave e injusta. De otra manera dicho estado psicológico constituye la circunstancia de menor peligrosidad contemplada en el numeral 3º del artículo 38 del C. P., que es precisamente la que corresponde a la respuesta del jurado en este caso.

"En verdad, como lo afirma el abogado recurrente, al jurado no se exige el empleo de términos sacramentales que recojan el texto mismo de la disposición, pero no es menos cierto que es inadmisible la respuesta donde no estén los elementos esenciales configurativos de la atenuante de la provocación que las deslinden de otras figuras semejantes, todo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943".

En armonía con los anteriores conceptos, el funcionario impetra de la Corte la no invalidación del fallo recurrido, por no prosperar las causales alegadas.

Considera la Corte

En repetidas oportunidades ha sostenido esta Corporación que la sentencia no es otra cosa que la resultante o consecuencia de anteriores premisas: el cargo hecho en el auto de proceder, basado en la prueba, y su aceptación o rechazo por parte del jurado, cuando éste interviene. En otras palabras al jurado se ha de proponer por el juez de derecho el cargo que se hizo a un determinado ciudadano, en el auto vocatorio, indicando en la respectiva pregunta, en forma clara, las circunstancias constitutivas o modificadoras de la responsabilidad. El tribunal popular, "sin atender voz distinta a la de su personal conciencia", pero apoyándose, desde luego, en las demostraciones procesales, ya que no puede ir contra ellas, en forma que contradiga la lógica, debe expresar en su respuesta, su concepto sobre la responsabilidad por la cual se le interroga. "La sentencia se dictará de acuerdo con la calificación que aquél diere a los hechos sobre los cuales haya versado el debate" (artículo 15 del Decreto 1358 de 1964).

El veredicto, que puede ser simplemente afirmativo o negativo de la responsabilidad, o estar complementado con explicaciones

que tiendan a modificarla o a confirmar lo preguntado, no está sometido a términos legales precisos. "De modo que cuando declara, por ejemplo, una circunstancia atenuante de delito con términos equivalentes en su esencia a los empleados en la ley, debe acogerse. Resultaría demasiado sutil y contrario al criterio de los más favorables en materia penal, establecer entonces entre la frase de que se valgan los jueces de hecho y la consignada en la ley, una diferencia sustancial". Pero el criterio de favorabilidad, en casos oscuros, no ha de inclinarse a desconocer los derechos de la sociedad, para proteger a los delincuentes e impedir su debida sanción.

De ahí que, cuando el concepto del jurado se aparta de la realidad procesal o "es claramente contrario a la evidencia de los hechos", el juez de derecho, que es el llamado a interpretarlo, está obligado a rechazarlo y a convocar un nuevo jurado, de acuerdo con expresas prescripciones legales (artículo 537 del C. de P. P.).

Cuando el veredicto, como en el caso presente, es oscuro y casi contradictorio, es necesario acudir a una interpretación racional del mismo, para proferir la sentencia. Y como lo indica la demanda, "parece obvio decir que lo primero que habrá que buscar será el sentido que ofrezcan los términos mismos del veredicto, según las reglas de la lógica; en seguida acudir a las exposiciones de la audiencia pública en que intervino el jurado; y por último, llegar a las pruebas del proceso para averiguar si el veredicto tiene algún sustentáculo probatorio".

Será, pues, necesario examinar el caso concreto frente a las pruebas y frente a las disposiciones legales aplicables. Cuando los términos empleados por el jurado no son claros, se acudirá al proceso para establecer si las situaciones legales alegadas, sí tuvieron realidad.

Los jueces de hecho atendieron, desde luego, las explicaciones dadas en la audiencia pública por el Fiscal y por el defensor y examinaron, naturalmente, las pruebas arrimadas al proceso.

En la audiencia, tanto el Agente del Ministerio Público, como el defensor del procesado, fueron claros en sus recomendaciones al jurado. El segundo de ellos "anuncia luego que la defensa no va a trillar en esta tarde el tema relacionado con la legítima defensa. Que se propone sólo someter a la consideración del jurado algunas circunstancias que atenúan solamente la responsabilidad del acusado..." "... Dice con insistencia que Leopoldo Obando trató en la calle de hijueputa a la madre de Noé Monsalve..." "... Que también está suficientemente acreditado que el occiso lanzó injurias contra Trinidad Alvarez de Monsalve..." "... Pasa luego a sostener que medió una riña imprevista. Habla después que el acusado obró en estado de ira o intenso dolor, causado por grave o injusta provocación. En este sentido hace detenidas consideraciones. Advierte que el jurado en su veredicto debe ser preciso al reconocer alguna de las dos citadas modalidades atenuantes, porque la riña que no es imprevista no aminora la responsabilidad, ni la ira o el intenso dolor que no ha sido causado por grave e injusta provocación. El señor defensor dice que le parece más acorde con la realidad responder el veredicto en la siguiente forma: "Sí pero en estado de ira o intenso dolor, causado por grave e injusta provocación".

Estas solicitudes no fueron atendidas, ya que ni se afirmó la riña imprevista, ni se aceptó la ira o el dolor intenso, provenientes de una provocación grave e injusta. ¿Cuál la razón para ello?

El jurado tuvo a la vista la alegación del Fiscal y debió examinar el acervo probatorio. Este demuestra:

a) El procesado es hombre violento, pendenciero y borracho, según la mayor parte de los declarantes.

b) Noé Monsalve Alvarez estaba armado de cuchillo. En un primer incidente, trató de enfrentarse a Leopoldo Obando, con una botella en su mano. Varias personas intervinieron para evitar el lance.

c) Obando fue retirado de la tienda y, al parecer, se sentó en la calle. Desde allí reclamó que le abrieran la cantina. En estos momentos, la madre del sindicado, Trinidad Alvarez de Monsalve y otra de las mujeres que allí había, resolvieron emprenderla con el occiso, a quien lanzaban palabras "groseras", que éste respondía, en forma conveniente, según algunos declarantes. Sólo una persona, Luz Marina Castro, pone

en boca de Leopoldo, palabra injuriante realmente.

d) Rápidamente salió a la calle, armado de su puñal, Noé Monsalve Alvarez, y se enfrentó resueltamente a Obando, quien trató de defenderse con la botella que llevaba en ese momento. Con ella, seguramente, hirió al homicida.

Frente a estos hechos, plenamente demostrados, ¿qué quiso afirmar el jurado?

Lo siguiente: Que Noé Monsalve dio muerte a Leopoldo Obando; que, al hacerlo, estaba con ira; que tal ira o rabia surgió en él, al oír las palabras que su madre cruzaba con Obando; y que, al cobrar, pensó que defendía su honor, subjetivamente, pues no era aparente la violencia contra el mismo.

Tal la interpretación que podría darse al veredicto, según las reglas de la lógica y de acuerdo con las demostraciones procesales, si bien desde el punto de vista gramatical aparecen tan confusos sus términos que llega hasta pensarse que los unos excluyen a los otros.

Así, no sería aceptable, desde el punto de vista jurídico, admitir que el jurado afirmó, en este caso, que la acción homicida estuvo determinada por una provocación grave e injusta, pues ella no fue real, sino simple imaginación del procesado.

"La provocación —dice el Tribunal— exige esencialmente el factor objetivo o material que la produzca en el mundo físico. No se concibe una provocación inaparente, innominada, sin arraigo en la realidad individual o social. Lo que no irradia en lo material carece de toda calidad estimulante o excitante que genere reacción.

"Mal puede confundirse la provocación con el peligro. Aquélla exige la existencia real de la incitación o reto, en tanto que en éste basta la simple creencia o ideación para configurarlo y aceptarlo como existente. En otras palabras, no basta afirmar que pudo haber sido provocado el agente, sino que lo fue real y determinantemente en su obrar. La provocación pertenece a la realidad física; el peligro a ésta o a la esfera anímica o de la subjetividad. La provocación tiene dos elementos tipificadores: injusticia y estado emocional. El peligro, sólo emoción incontrolada. En el caso de autos, podría hablarse de un estado emocional, pero sin eficacia excusante.

"Con estas observaciones, entiende la Sala haber sido clara en la exposición y planteamiento del problema de interpretación del veredicto. La provocación, el estado de ira y el intenso dolor no fueron corroborados con hechos, pero ni siquiera con aserciones de los testigos presenciales. Ni pueden confundirse la simple cólera con la provocación. A este respecto es importante transcribir al eminente tratadista Carlos Lozano y Lozano, en la obra "Elementos de Derecho Penal".

"Es indispensable ahora hacer otra aclaración, fundamental: Hay una cierta tendencia en la opinión común que no está familiarizada con la técnica jurídica a creer que puesto que los hombres que reaccionan ante una agresión moral suelen estar irritados, es la ira, la cólera, el fundamento de la excusa. Pero esto constituye un paladino error. Si la ira o la cólera excusaran por sí mismas en materia penal querría esto decir que una pasión nefasta, reputada por todos los moralistas como un vicio de carácter, alcanzaría una recompensa ante la ley. Querría esto decir que los hombres violentos, impulsivos, incapaces de controlar sus pasiones, estarían en una situación de privilegio frente a los mesurados, tranquilos y benévolos. No podría ser más antijurídico semejante pretensión. Nos basta recordar dos hipótesis para desconceptuarla ante el sentido común; si un rufián que vive de explotar el cuerpo de una mujer se encoleriza con ella porque no le entrega el fruto de su comercio, y la hiere o mata, o si un padre desnaturalizado se irrita ante la travesura de su hijo y lo maltrata brutalmente, ¿podría admitirse la excusa fundada en la cólera? De ninguna manera. La ira tiene que proceder de causa justa o sea de una provocación, de un acto indebido o ilícito de aquél que la suscita. Lo que venimos diciendo constituye un postulado admitido sin interrupción al través de la historia del derecho. De ahí los varios aforismos que consagran la doctrina: **Simplex iracundiae calor non excusat nisi justa causa praecedat. Non tam ira quam causa irae excusat.** Y la unanimidad con que clásicos y positivistas la reproducen. Los clásicos porque la responsabilidad moral no puede atenuarse por

virtud de motivos contrarios a la moral. Los positivistas porque consideran con muy malos ojos a los hombres violentos, incapaces de controlarse y de someter sus pasiones al cauce del derecho, y porque le dan decisiva importancia al motivo determinante de índole antisocial. Sólo la causa justa de la ira que explica la alteración del ánimo, no como signo de peculiar agresividad del carácter, sino como manifestación de una razonable y constante consecuencia de la injuria, configura la excusante".

"No basta experimentar ira para que esa emoción dinámica tenga alguna significación, sea de algún valor en el juzgamiento. Es necesario que ella obedezca a una ofensa de la víctima del delito y que tal ofensa sea grave e injusta. Sólo así entra como factor capaz de modificar el hecho, siempre que exista el necesario vínculo entre él, la incitación injuriosa y el estado sicológico de quien lo consuma. En otros términos, que el acto surja como una reacción y no de modo espontáneo o inmotivado".

Ni se aceptó por el Jurado la defensa legítima o legal del honor. Las voces empleadas por aquel cuerpo no son claras. Por consiguiente, hay necesidad de examinarlas frente a las constancias procesales. Y éstas dicen que Monsalve Alvarez no se vio en la necesidad de defender su honra o patrimonio moral, de una violencia actual e injusta, y más bien se refirió, en la indagatoria, a un ataque a la integridad física. Se pensó él que su "honor" había sido ofendido, sin que la ofensa se actualizara realmente, pues se refería a voces ya pasadas, él debió a su carácter irascible y violento, no a la realidad circundante. Si quiso castigar a Obando, por la respuesta que diera a las agresiones verbales de Trinidad y Elvira, no estaba defendiendo un derecho, sino ejerciendo una venganza. Por tanto, no hay base para acomodar a los términos legales la situación aquí planteada, con lo cual no es el caso de afirmar la legitimidad de la ofensa de que habla el jurado.

La Corte tiene dicho a este respecto:

"Frente a una ofensa verbal nunca se justifica el hecho que cometa la persona injuriada, la cual, si reacciona contra el ofensor no obra conforme a derecho, no ejerce la legítima defensa de su honor, no se encuentra ante ninguna violencia que tenga necesidad de repeler. La reacción del que es víctima de un insulto que lo incite a matar, o a herir, únicamente atenúa la represión del hecho que se perpetre en estado de ira o intenso dolor por causa de la provocación grave e injusta".

Y agrega:

"La defensa, para que sea legítima, debe ser tan clara, objetiva y subjetivamente, que cualquier matiz que la perturbe o la haga borrosa no sirve como elemento de duda para darle apariencia favorable a quien la alega, sino para demostrar que esa actitud justificable no existió".

Y si esa pretendida "defensa subjetiva del honor" no es legítima, mal puede hablarse de provocación injusta, y en mayor grado, cuando la provocación surgió de persona ajena al occiso y cercana al victimario.

Pero es que se ha repetido que cuando el hombre trata de defender su vida, su honor o sus bienes, debe obrar con la mayor cautela, para evitar que su acción se convierta en una venganza o ataque contra el que ofendió, o amenazó, de una parte, y de la otra que, so pretexto de una defensa, se destruyan intereses muy superiores a los que se dice proteger. Esto, en casos de defensa objetiva.

Porque cuando se habla de defensa subjetiva, superior ha de ser el cuidado que se tenga por quien dice defenderse, para evitar que el hombre violento e irascible sacrifique inútilmente derechos, con la disculpa del peligro imaginario que se convirtió en él en realidad psíquica. Una serie de situaciones antecedentes al hecho, ha de tenerse en cuenta para hablar de un error esencial en cuanto a la apreciación del mismo. No que la defensa subjetiva, en todo caso, se confunda con el error referido en el numeral 2º del artículo 23 del C. P. No. En éste se requiere que se haya obrado "con plena buena fe" y con diligencia. Y ésta condición es inexigible, en ocasiones, en el que dice haberse defendido. Cuando el hombre obra de buena fe, por la errónea interpretación de un hecho, su acción se excusa, pues no es posible demandar de él otra conducta.

En el caso a estudio, no fue propiamente Obando la persona que ofendiera a nadie. Bernarda, la dueña de la tienda, aclara que

este muchacho quería cerveza para obsequiar a sus amigos, pues todavía no había consumido la que antes se le sirviera. No agravió, aunque diga alguien sí lo hizo con la patrona, ya que ésta no lo estimó así. Fue Noé Mosalve A., el que asumió una actitud que no le correspondía, pues no era dueño del establecimiento. Y en forma violenta quiso sacar de allí a quien a poco, salía, ante la insistencia de otras personas, sin pensar que, en la calle, recibiera la mortal lesión.

"En estas condiciones —dijo el señor Juez 3º Superior de Bucaramanga—, no se asoma en los autos ninguna causa de justificación, y tampoco de atenuación. No una riña imprevista porque, tal figura no favorece a quien ha provocado el lance; no un estado de justa ira, porque los hechos se iniciaron y desarrollaron no por iniciativa del occiso, sino todo lo contrario: la ira es justa y atenúa la responsabilidad, sólo cuando es producida por una provocación a su vez injusta".

"A la luz de las razones que se aducen en el enjuiciamiento, y de los alegatos de la audiencia, tampoco queda del veredicto más que su sentido afirmativo de la responsabilidad. La legítima defensa del honor no fue asomada por nadie; apenas el procesado habló de la necesidad de defenderse, pero en el terreno de la integridad física personal. Y si hubiera de interpretarse el aditamento del veredicto en el sentido de que la ofensa que una de las testigos de la casa de Noé Monsalve dice profirió el occiso contra la madre del procesado, creara el estado de ira, el jurado no dijo que tal cosa, considerada como provocación fuera injusta y grave. Omitió aquí también una calificación necesaria; y el Jurado puede considerar que la omitió consciente y deliberadamente, dado el énfasis que puso el señor defensor al exigir claridad en tales calificativos, según consta en el acta de la audiencia; y máxime cuando las razones del Juzgado y del señor Fiscal fueron abundantes en el sentido de demostrar que ninguna provocación proviene del occiso".

El veredicto, frente a sus términos, frente a las exposiciones de la defensa, en la audiencia pública, y frente a las pruebas, tiene, pues, un significado simple. Y así, se recibirá.

No procede, por tanto, la causal segunda de casación alegada, ya que el Tribunal apreció correctamente la respuesta de los jueces de hecho, al tenerla como simplemente afirmativa de responsabilidad, si bien el autor obró con ira, en una situación por él provocada.

Causal primera

Si no es admisible la llamada excusa de provocación, el Tribunal tenía que aplicar la sanción señalada en el Art. 362 del C. P. y lo hizo en su mínimo, porque consideró que había circunstancias de menor peligrosidad y no de mayor. Así, no tuvo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, como tampoco se atendió a la personalidad del agente (Art. 36 del C. P.), en la dosimetría penal. Sin embargo, ninguna variación podrá hacerse sobre el particular, ya que no procede la reformatio in pejus oficiosa, en casación.

No es admisible la causal primera, pues ella viene, en este caso, a ser subsidiaria de la tercera, que ha tomado el carácter de principal, dentro de la técnica de casación.

Por lo expuesto. la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia a que se ha referido este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo, Julio Roncallo Acosta, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DEFRAUDACION EQUIPARADA A ESTAFA

El legislador colombiano, en los casos previstos en el artículo 411 del Código Penal, equipara a estafa tentada y a estafa consumada, así no se acuda al empleo de artificios o engaños, pues basta que el delincuente abuse de la deficiencia síquica o de la inexperiencia de la víctima. — Causal segunda de casación.

Cabe anotar que el legislador colombiano equipara al delito de estafa la infracción prevista en el artículo 411 del Código Penal y hace concordante la representación de ésta con la que se indica en el artículo 408 de la misma obra, pues el primer inciso de aquel artículo señala la pena que corresponde a la estafa tentada y el segundo indica la sanción perteneciente para la estafa consumada.

Cuando el delincuente abusa de la deficiencia síquica o de la inexperiencia del sujeto pasivo, atendida la menor capacidad de discernimiento en que éste se encuentra, es obvio que el delito puede equipararse al de estafa, pues de las particulares condiciones síquicas de la víctima facilitan al agente inducirla en error sin que requiera acudir al empleo de artificios o engaños.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre 14 de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Cumplido el trámite correspondiente, procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del día primero de febrero del corriente año, por la cual le fue impuesta al procesado José Jaime Mogollón García la pena principal de tres (3) años de prisión, como responsable del delito de estafa.

Conoció en primera instancia el Juzgado 7º Superior de esta misma ciudad, sin intervención del Jurado.

Hechos

En la sentencia recurrida se hace la siguiente síntesis de los hechos:

"José Jaime Mogollón García, quien hacía vida marital con Adelaida Correa, entabló amistad íntima con la señora Mercedes Rosas viuda de Méndez, débil mental, según el concepto de los peritos médicos del Instituto de Medicina Legal, y a quien le habían sido adjudicados derechos por valor de $ 5.000.00, dentro del juicio de sucesión de su esposo, Bernardo Méndez Prieto, consistentes en la mitad de la casa y el lote de terreno ubicados en la calle 17-A número 55-16, de esta ciudad, barrio Puente Aranda. Mogollón, en confabulación con su concubina, y abusando de la deficiencia síquica de su amiga, la indujo a transferir a favor de ésta los mencionados derechos a título de venta, por medio de la Escritura número 322, de fecha 22 de febrero de 1962, pasada ante la Notaría Sexta de esta ciudad, instrumento en el cual se hizo constar falsamente que la vendedora recibió $ 10.000.00, por concepto de precio. Posteriormente, la señora Adelaida Correa intentó un juicio divisorio contra los hijos de la señora Rosa v. de Méndez y de esa manera se puso al descubierto la actividad de aquélla y su concubinario".

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público

Invoca el señor apoderado del recurrente Mogollón García la causal segunda de casación, pues estima que el juzgador de segunda instancia "interpuso erradamente los hechos del proceso, atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen y dando, así, por demostrado un delito que realmente no se configura dentro del proceso".

Afirma que el Tribunal Superior de Bogotá se equivocó al darle fuerza probatoria al dictamen médico-legal relacionado con las facultades mentales de la señora Mercedes Rosas v. de Méndez, pues la pericia carece de fundamentación; como también al aseverar la existencia de una larga amistad entre aquella señora y su mandante, pues ello no está demostrado.

Anota el actor que los hechos averiguados no causaron perjuicio alguno, ni en su representado existió el ánimo de buscar una utilidad ilícita, pues la buena fe de los sindicados surge del hecho de que no hubieran vendido el derecho sobre el bien inmueble, sino que recurrieron a la justicia para hacer valer sus pretensiones.

Concluye el demandante aseverando que se aplicó indebidamente el artículo 411 del Código Penal.

De otra parte y como cargo subsidiario, dice que el Tribunal Superior de Bogotá incurrió en yerro al tomar en cuenta el numeral 4º del artículo 37 del Código Penal, pues, en su opinión, no cabe aceptar amistad entre una débil mental y una persona del nivel intelectual del acusado, por ser imposible el entendimiento.

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal considera que el actor no demuestra ninguno de los cargos y solicita, en consecuencia, que se deseche el recurso de casación.

La Sala, al examinar las tachas propuestas por el demandante al fallo recurrido, habrá de referirse al concepto del señor Agente del Ministerio Público.

Considera la Corte

En el fallo impugnado se hace la siguiente relación de pruebas:

"I. El 16 de marzo de 1964 los peritos médicos del Instituto de Medicina Legal de Bogotá dictaminaron que la señora Mercedes Rosas v. de Méndez 'presenta síntomas de perturbación mental y debe ser aislada para su observación y tratamiento'. Posteriormente ampliaron su dictamen en los términos siguientes: '...hemos examinado detenidamente a la señora Mercedes Rosas v. de Méndez, en la cual se aprecian notables deficiencias síquicas; no se da cuenta exacta del valor de las cosas y predomina en ella en todos sus conceptos una gran ingenuidad, siendo esencialmente sugestionable. En nuestro concepto se trata de una débil mental, y como esta falta de desarrollo de su inteligencia es algo congénito, conceptuamos que en la fecha en la cual firmó la Escritura Pública número 322, que obra a los folios 9 y 10, era absolutamente incapaz, dadas sus notorias deficiencias síquicas...', (Fl. 19, del último cuaderno).

"II. La escritura pública número 322 de que se hizo referencia en la relación de los hechos, obra en los folios 8 a 11.

"III. Dicho instrumento fue registrado en esta ciudad, según consta en el certificado visible al folio 13, expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.

"IV. La señora Mercedes Rosas v. de Méndez informó, de manera desvertebrada, que conoció en esta ciudad a un sujeto que dijo llamarse Juan E. Prieto, quien pronto le brindó amistad y con frecuencia la invitaba a ingerir licores; que después de un largo tiempo dicho sujeto le dijo que concurriera a una Notaría, con el fin de firmar un documento que la beneficiaría; que le pidió que en caso de que en la Notaría le preguntaran si había recibido el precio de la venta, respondiera que sí; que, en efecto, ella concurrió a dicha Notaría, en donde firmó un documento; que junto con el sujeto Prieto estaba una mujer; que Prieto consiguió que ella vendiera un radio de su propiedad, para cubrir los gastos notariales; que, en todo caso, ella no ha recibido un solo centavo por concepto de la venta de que trata la escritura incorporada al proceso.

"V. José Jaime Mogollón manifestó en la indagatoria que nunca le dijo a la señora Rosas v. de Méndez que él se llamaba Juan E. Prieto; que con dicha señora enta-

blaron amistad en el parque 'España', de esta ciudad y con frecuencia ingerían cerveza, los dos; que de pronto le manifestó su deseo de vender los derechos que le habían correspondido dentro de la sucesión de su esposo; que él le insinuó la compra de dichos bienes a su concubina, Adelaida Correa, quien tenía $ 10.000.00, en efectivo, fruto de ahorros; que, aunque la señora viuda de Méndez había fijado inicialmente un precio de $ 14.000.00, en últimas aceptó $ 10.000.00, los cuales él recibió de su concubina y a su vez los entregó a la señora viuda de Méndez, en un café situado en la 'Estación de La Sabana', de esta ciudad, en presencia de José Julio Parrado y José Alfonso Barrera González; que, además, dicha señora le extendió un recibo; que algunos días después, la señora viuda de Méndez transfirió el dominio y posesión de dichos derechos a favor de su concubina Adelaida Correa.

"VI. Adelaida Correa también rindió indagatoria. Inicialmente sostuvo que, en realidad, tal como lo había afirmado su concubinario, ella entregó a éste la suma de $ 10.000.00, para cubrir el valor de los derechos a que se refiere la escritura cuestionada, pero luego, de manera espontánea, manifestó que tal cosa no era verdadera, ya que ella nunca entregó dicho dinero; que lo que ocurrió fue que su concubinario, señor Mogollón, le dijo que concurriera a la notaría a aceptar la escritura y le advirtió que en caso de que se iniciara cualquier investigación con este motivo, dijera que ella había suministrado los diez mil pesos, los cuales había ahorrado de su trabajo de varios años; que por esa razón concurrió a aceptar la escritura, materia de la investigación.

"VII. José Julio Parrado y José Alfonso Barrera González, citados por el procesado Mogollón, declararon sí conocer desde hace bastante tiempo a éste, pero que nunca lo vieron entregando cantidad alguna de dinero a la señora Mercedes Rosas v. de Méndez, a quien ni siquiera conocen".

Con estos elementos de juicio, es obvio que el Tribunal Superior de Bogotá no incurrió en yerro alguno al concluir que "Mogollón García y Adelaida Correa fueron coautores del delito de estafa, de que trata el Código Penal... en el artículo 411", en donde se dice:

"Art. 411. El que con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito, y abusando de las necesidades, de las pasiones, del estado de enfermedad o deficiencia síquica de una persona, o de su inexperiencia, la induzca a realizar un acto capaz de producir efectos jurídicos que la perjudiquen, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años y en multa de dos a mil pesos.

"Si se realizare el perjuicio, la pena será de uno a siete años de prisión".

En efecto, el juzgador de segunda instancia no se equivocó al aceptar el concepto de los peritos de la Oficina de Medicina Legal, pues el comportamiento de la señora Rosas viuda de Méndez, al admitir la sugerencia del procesado recurrente, de aseverar que había recibido el precio de los derechos que vendiera, sin ser ello verdadero y sin embargo de que tal afirmación la perjudicaba, se compagina con la deficiencia síquica y el carácter sugestionable de aquélla, indicados en el informe pericial.

Tampoco incurrió en error el Tribunal Superior de Bogotá al tomar en cuenta el segundo inciso del artículo 411 del Código Penal, pues con el registro de la escritura firmada por la señora Rosas viuda de Méndez se concretó para ésta un perjuicio de orden económico, pues cesó para ella la facultad de disposición jurídica sobre los derechos materia de la venta que hizo a la sindicada Adelaida Correa.

Cabe anotar que el legislador colombiano equipara al delito de estafa la infracción prevista en el mencionado artículo 411 del Código Penal y hace concordante la represión de ésta con la que se indica en el artículo 408 de la misma obra, pues el primer inciso de aquel artículo señala la pena que corresponde a la estafa tentada, y el segundo indica la sanción pertinente para la estafa consumada.

Cuando el delincuente abusa de la deficiencia síquica o de la inexperiencia del sujeto pasivo, atendida la menor capacidad de discernimiento en que éste se encuentra, es obvio que el delito puede equipararse al de estafa, pues las particulares condiciones síquicas de la víctima facilitan

al agente inducirla en error, sin que requiera acudir al ampleo de artificios o engaños.

Ahora bien:

No demuestra, tampoco, el demandante la supuesta violación del ordinal 4º del artículo 37 del Código Penal, pues resulta evidente que el procesado Mogollón García fue desleal con los deberes de amistad existentes con la señora Rosas v. de Méndez. Y no es absolutamente imposible que se presenten relaciones amistosas entre una persona que padezca de deficiencia síquica y otra que no sufra tal anomalía.

No prospera, pues, la causal segunda de casación invocada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León, Secretario.

Sala de Casación Laboral

Extractos en materia laboral a cargo del Relator de la Corte, doctor Diego E. Cristancho M.

LA CONFESION COMO MEDIO PROBATORIO RECONOCIDO EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Contrato de trabajo invocado como fuente de salarios, prestaciones e indemnizaciones. — Confesión. espontánea, clara y expresa. — Tesis contradictoria e inconciliable expuesta en el petitum de la demanda por el recurrente en casación.

Es sabido que contra la confesión de parte no se admite prueba en contrario, a menos que el confesante justifique debidamente haber incurrido en error de hecho, o que no estaba en completo uso de sus facultades al tiempo de rendirla (Art. 1769 del C. C.) y nada de esto ha ocurrido en el proceso. Ese principio legal rige también en el derecho del trabajo, porque la confesión es uno de los medios probatorios reconocidos en éste; además, encierra una enseñanza recibida por todas las legislaciones, admitida únicamente por la doctrina y la jurisprudencia, sin que en manera alguna pueda considerarse opuesta al sistema de la libre apreciación, adoptado por la ley de procedimiento laboral, ya que el Juez, en la valoración de las pruebas, debe conformarse a los dictados de la razón, y a esos dictados responde la admisión de la confesión como prueba plena, con fuerza de convicción superior a cualquiera otra.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., 6 de julio de 1965.

(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 Neiva en el juicio ordinario laboral seguido por Pedro Pascual López Arias contra Angel María Molina Vega.

Dice López Arias, en la demanda promotora del juicio, que le prestó servicios a Molina Vega, mediante contrato verbal de trabajo, como administrador de la bomba denominada "El Carmelo", establecida en la ciudad de Pitalito, de propiedad del demandado; que la relación laboral se inició el 3 de septiembre de 1955 y concluyó el 31 de julio de 1960; que devengó salarios diversos, habiendo sido de $ 250.00, más la vivienda, el que percibió a la terminación del contrato; que durante la vigencia de éste, laboró no sólo en los días ordinarios, sino en domingos y festivos, sin retribución; que no le fueron cubiertas, al expirar el vínculo, las prestaciones causadas ni el aumento

del salario ordenado por la ley, no obstante sus reclamos, que el patrono no quiso atender.

Con base en tales hechos, suplica el actor que Molina Vega sea condenado a pagarle: aumento del salario, cesantía, vacaciones, primas de servicio, dominicales y festivos, e indemnización moratoria, en la cuantía que indican las peticiones correspondientes, o de acuerdo con lo que se pruebe en el juicio.

Molina Vega, en la respuesta a la demanda se opone a que se hagan las condenas que solicita, expresando que el actor tiene derecho, "en mínima parte" a lo impetrado en la petición cuarta (aumento del salario). En cuanto a los hechos acepta el contrato de trabajo, su duración y el salario. Manifiesta que canceló la deuda por vacaciones; respecto del auxilio de cesantía dice que su valor se compensó con deudas a cargo del trabajador; que nada le debe por primas de servicios, porque el negocio de la bomba lo manejaba el actor, autorizado por el patrono para el pago de sus sueldos y la prestación de que se trata; que no debe remuneración por trabajo en dominicales y festivos, porque cuando el salario se cubre mensualmente, comprende lo correspondiente a los días de descanso obligatorio. Por tales razones niega los demás hechos de la demanda. Propuso las excepciones de compensación y pago parcial.

De su lado, Molina Vega formuló contra el actor demanda de reconvención. Por medio de ella pretende que López Arias sea condenado al reembolso de varias sumas de dinero o la indemnización a que cree tener derecho por haberse extralimitado el trabajador en el ejercicio de sus funciones de administrador de la bomba.

El libelo de reconvención aduce los hechos en que funda sus pretensiones. Al evacuar el traslado correspondiente, el apoderado del demandado negó los hechos en referencia.

La doble controversia siguió su curso conforme al trámite de rigor. La sentencia que le puso término, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Neiva, acogió las peticiones de la demanda principal en cuanto a las súplicas relativas a vacaciones, prima de servicio, aumento legal del salario, dominicales y festivos, que en total ascienden a la suma de $ 6.641.73. De esta cantidad ordena deducir la de $ 2.109.90, valor de la obligación que reconoce a favor del demandado y a cargo del actor. Declara no probada la excepción de compensación y probada, parcialmente, la de petición de modo indebido, propuestas por Molina Vega, a quien condena en el 50% de las costas del juicio.

Ambas partes interpusieron el recurso de apelación contra la anterior providencia. La sentencia decisoria del recurso de alzada, dictada por el Tribunal Superior de Neiva, condena a Molina Vega a pagar a López Arias, la suma de $ 10.475.00 por concepto de auxilio de cesantía, primas de servicio, salarios insolutos, aumento legal de éstos e indemnización por mora. Absuelve a Molina Vega de los demás cargos que le formula la demanda principal, y condena a López Arias a pagar a aquél la suma de $ 1.058.40; ordena compensar este crédito con el reconocido en favor del actor, y dispone que se descuente de las sumas reconocidas a su favor la de $ 500.00, consignada por el patrono para el pago de prestaciones sociales. Por último condena a Molina Vega al pago del 50% de las costas causadas en las dos instancias. En los términos anteriores reforma y adiciona el fallo de primer grado.

La sentencia impugnada

Sobre los extremos de la litis hace estas consideraciones: "Conforme lo apreció el **a-quo**, el contrato de trabajo invocado como fuente de los salarios, prestaciones e indemnizaciones demandados, se acreditó plenamente con la confesión que, acerca de los hechos constitutivos de dicha relación jurídica, hizo el patrono en la respuesta a la demanda, con las declaraciones de Roberto Valencia, Gabriel Carvajal, Leovigildo Salinas y José de Jesús Muñoz Vega, y además con diversos documentos que se aportaron al expediente, elementos éstos de los cuales aparece que el demandante prestó personalmente sus servicios al doctor Angel María Molina Vega en el desempeño de funciones como administrador del expendio de combustibles denominado Bomba El Carmelo, en la población de Pitalito,

en el tiempo comprendido entre el 3 de septiembre de 1955 y el 30 de julio de 1960 y mediante una remuneración que alcanzó diversas cuantías pero que a partir del 1º de julio de 1957 fue de cuatrocientos pesos mensuales.

Analiza a continuación la tesis presentada por el apoderado del demandado en segunda instancia, según la cual no fue de trabajo el contrato celebrado por las partes sino el de preposición reglamentado en el Código de Comercio, y concluye diciendo que aun aceptando ese punto de vista, el segundo no excluye el primero, y agrega: "Para el Tribunal, pues, no existe duda alguna acerca del carácter laboral del vínculo que ligó a las partes. Procede, en consecuencia, pasar al estudio de las peticiones que contempla la demanda y de los medios de defensa que, en su favor, interpuso el demandado".

La demanda de casación

Aspira a que la Corte case en su totalidad el fallo del ad-quem y en su lugar absuelva al demandado de las condenas que aquél contiene, "salvo en las sumas que debe pagar el demandante Pascual López Arias en la cuantía que se desprende de las pruebas del expediente".

Invoca la causal primera de casación y con base en ella formula un solo cargo, el de violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 22, 23, 24, 179, 186, 192 y 249 del C. S. T. y demás normas del mismo estatuto sobre cesantía; el Decreto 118 de 1957 en relación con aumento del salario, a causa de errores de hecho en la estimación de las pruebas.

Dice el recurrente en sustentación del cargo que las normas que cita habrían sido rectamente aplicadas a hechos constitutivos de una verdadera relación de trabajo dependiente, y no a una de trabajo autónomo, regida por los cánones pertinentes del Código de Comercio, que son los aplicables al caso, cuya violación no acusa por cuanto la casación del trabajo no tiene por fin el estudio de leyes mercantiles. En seguida señala la prueba mal apreciada por el Tribunal, integrada por las declaraciones de Carlos Martínez, Hernando Ordóñez, Leovigildo Salinas y Roberto Valencia, y concluye la acusación así: Indican los testimonios que el actor ejercía sus funciones con autonomía, sin recibir órdenes del patrono. "Estos testimonios que no demostraban y demuestran esa autonomía en cuanto la labor del demandante fueron mal apreciados por el Tribunal y por ello incurrió en error de hecho considerando vigente la presunción del artículo 24 del C. S. T., que así quedaba desvirtuada y condujeron a llevarlo a la aplicación indebida de las normas citadas inicialmente".

Se considera

Fundamento principal de la sentencia, que la acusación pasa por alto, es el de que el contrato de trabajo entre las partes es hecho admitido por el propio demandado, abogado inscrito, en la respuesta al libelo; si en relación con tal extremo cita el Tribunal las declaraciones de unos testigos, lo hace para reforzar el concepto de que Molina Vega aceptó su vinculación laboral con el actor.

Es sabido que contra la confesión de parte no se admite prueba en contrario, a menos que el confesante justifique debidamente haber incurrido en error de hecho, o que no estaba en completo uso de sus facultades al tiempo de rendirla (Art. 1769 del C. C.) y nada de esto ha ocurrido en el proceso. Ese principio legal rige también en el derecho del trabajo, porque la confesión es uno de los medios probatorios reconocidos en éste; además, encierra una enseñanza recibida por todas las legislaciones, admitida únicamente por la doctrina y la jurisprudencia, sin que en manera alguna pueda considerarse opuesta al sistema de la libre apreciación, adoptado por la ley de procedimiento laboral, ya que el Juez, en la valoración de las pruebas, debe conformarse a los dictados de la razón, y a esos dictados responde la admisión de la confesión como prueba plena, con fuerza de convicción superior a cualquiera otra. Más todavía: el contrato de trabajo es la causa jurídica que el demandado invoca como fuente de las obligaciones cuyo cumplimiento exige del demandante en el libelo de reconvención.

Salta, pues, a la vista la inconsistencia del cargo. Su improcedencia resulta aún

más patente en atención a que los argumentos del recurrente no se detienen a impugnar el concepto básico de la decisión, o sea, el de que la relación de trabajo dependiente fue aceptada por el demandado en confesión espontánea, clara y expresa. Habiendo quedado en pie esa apreciación de la sentencia, carece de objeto el examen de la prueba testimonial que la acusación cita como mal estimada por ella. Por último, no se ve cómo pueda invalidarse el fallo impugnado dejando vigente la condena contra el actor sobre pago de obligaciones derivadas del contrato de trabajo y de la consignación hecha por Molina para cancelar prestaciones sociales en favor del demandante, provenientes de dicho contrato, como lo solicita el recurrente en el petitum de la demanda de casación, si al propio tiempo sostiene la inexistencia del referido vínculo jurídico. La tesis en referencia se muestra a la vez inconciliable y contradictoria.

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 Neiva.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA PRIMA DE SERVICIO NO ES PARTE INTEGRANTE DEL SALARIO

Falso entendimiento que la sentencia le asigna al artículo 127 del C. S. T. — Interpretación errónea de este precepto. — Valor de la pensión de jubilación que el Banco de Colombia debe pagar al recurrente en casación.

La previsión legal del artículo 127 del C. S. T. se refiere a la prima, como elemento adicional o complementario de la retribución fija u ordinaria, como, por ejemplo, la de producción, la de rendimiento, la de asistencia, no a la de servicio, establecida por la ley como prestación social; que ello es así lo corrobora el artículo 127 in fine. En efecto, conforme a esta disposición, no constituyen salario las prestaciones sociales de que tratan los Títulos VIII y IX del Código del Trabajo, y la prima en referencia se halla instituída como prestación social especial en el Capítulo VI, Título IX del nombrado estatuto; luego de acuerdo con dicho ordenamiento, no es parte integrante del salario. La simple mención que de la dicha prima hace el artículo 127 le sirvió al Tribunal para sostener que ella es elemento de la asignación fija u ordinaria; pero como es obvio y lo enseña el artículo 30 del Código Civil, la ley no puede interpretarse aisladamente sino en conjunto, de manera que haya entre todas sus normas, en especial entre las que regulan materias semejantes, la debida correspondencia y armonía. Si el sentenciador se guía por el método de interpretación que establece la citada norma, habría encontrado que la prima de servicio es una prestación social especial (Art. 306) y aún más, que al tenor del artículo 307, no es salario, "no se computará como factor del salario en ningún caso".

Corte Suprema, de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., 8 de julio de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez).

Comparece en casación, acusada por la parte demandada, la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario seguido por Bernardo Muñoz Botero contra el Banco de Colombia, Sucursal de la nombrada ciudad.

Antecedentes

Muñoz Botero le prestó servicios al Banco, en diversos cargos, según contrato de trabajo celebrado por escrito, del 15 de enero de 1939 al 20 de noviembre de 1961. En esta fecha fue despedido sin justa causa y sin pago previo de las indemnizaciones previstas en convención colectiva y el laudo arbitral de julio de 1959. Al expirar el contrato Muñoz Botero devengaba un salario mensual de $ 960.00, y reunía los requisitos previstos por la ley para adquirir el derecho a una pensión de jubilación", al operarse la desvinculación contractual el Banco no le pagó al actor la prima del último semestre de 1961.

Fundado en tales hechos suplica el demandante que el establecimiento bancario sea condenado a pagarle: prima de servicio, indemnización por preaviso, o, en subsidio, perjuicios por ruptura ilegal del contrato, y la cantidad de $ 780.30, valor de la pensión de jubilación, a partir del 20 de noviembre de 1961.

En la respuesta a la demanda el Banco acepta el contrato de trabajo, su duración y el salario; niega que aquél hubiera con-

cluído por voluntad del patrono ilegalmente, sino por justa causa. En cuanto a la pensión de jubilación, manifiesta que se halla a disposición del actor, liquidada conforme a la ley y de acuerdo con los salarios que devengó en el vigésimo año de labores que, en promedio, dan el guarismo de $ 651.46. Negó los demás hechos y se opuso a la prosperidad de las correspondientes peticiones.

Los fallos de instancia

El de primera, proferido por el Juzgado Primero del Trabajo de Manizales, condena a la entidad demandada al pago de la pensión de jubilación en cuantía de $ 523.65 a partir del 20 de diciembre de 1961, fecha de la exigibilidad de la primera mesada pensional, facultando al Banco para retener mensualmente el 5% con destino al pago de cesantía parcial. Anota que, como hasta marzo de 1962, el Banco ha venido pagando al actor una pensión de $ 488.60, le debe la diferencia ($ 140.20). Por último, absuelve al establecimiento bancario de los demás cargos, sin costas.

En sus considerandos el fallo descarta la aplicación de la Ley 77 de 1959 en cuanto a los aumentos que decreta de las pensiones de jubilación, según la tabla de su artículo 1º, porque se refiere a las pensiones causadas desde 1949 o antes, hasta 1957, y la pensión de que se trata surgió a la vida legal en 1960. Tampoco estima aplicable al caso la Ley 171 de 1961, en relación con aumentos del valor de la pensión, ni en cuanto al año base para liquidarla, porque cuando terminó el contrato de trabajo (noviembre de 1961) no regía aún la citada ley, vigente desde el 1º de febrero de 1962. Concluye, en consecuencia, que las normas aplicables son las pertinentes del Código del Trabajo.

Como último año de servicios acepta el comprendido entre el 15 de enero de 1959 y el 15 de enero de 1960. Liquida la pensión, de acuerdo con los datos sobre salario que arroja la inspección ocular, "advirtiendo que serán tenidos en cuenta las primas legales y extralegales recibidas por el trabajador por cuanto de la liquidación hecha por la institución se desprende que se incluyeron dichos valores para sacar el salario promedio".

La sentencia de segunda instancia confirma la del Juzgado **a-quo**, reformándola en el sentido de que el valor de la pensión no es el que ella fija ($ 523.65) sino el de ($ 560.65). Deja vigente lo relativo a la retención del 5% para el pago de cesantía parcial; agrega que al valor de las pensiones causadas del 20 de diciembre de 1961 al 20 de septiembre de 1962, se imputarán las sumas consignadas por el Banco para atender al pago de la pensión aludida.

En lo concerniente a la pensión jubilatoria, el Tribunal expresa que comparte las razones expuestas por el Juzgado **a-quo** para sostener que no son aplicables al caso en litigio las leyes de 1959 y 1961 ya citadas, sino las disposiciones del Código Laboral Arts. 260 y 261), y agrega: Al tenor de estas normas, la pensión equivale al 75% del promedio de los sueldos devengados en el vigésimo año de servicios, o sea el comprendido entre el 15 de enero de 1959 y el 15 de enero de 1960, indicado por el Banco. Para obtener el promedio en dicho año es necesario tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 127 del C. S. T. Lo transcribe el sentenciador y continúa: esta disposición despeja toda duda en cuanto a la crítica que le hace a la sentencia recurrida el abogado del Banco, cuando explica que uno de los motivos de su inconformidad se deriva del hecho de que el Juzgado tuvo en cuenta para sacar el salario promedio base, todas las primas que el Banco pagó al actor en dicho período. Al proceder así el Juzgado dio correcta aplicación a la respectiva norma legal que consagra el derecho a la jubilación, en concordancia con lo establecido en el artículo 127 del C. S. T., máxime cuando las primas que el Banco considera que no deben incluirse para sacar el promedio son las de carácter legal.

Del acta de inspección ocular (Fls. 70 a 72), prosigue el Tribunal, se desprende que en el período comprendido entre el 15 de enero de 1959 y el 15 de enero de 1960, el demandante devengó sueldos por un valor de $ 7.287.50, y por primas $ 1.683.00, lo que da un total de $ 8.970.50, de donde resulta un sueldo promedio de $ 747.54. El

75% de esta suma, o sea la cantidad de $ 560.65, es el valor de la pensión que debe reconocerse al demandante, en vez de la de $ 523.65 que señala la sentencia de primer grado.

La demanda de casación

Persigue la quiebra del fallo del ad-quem respecto a la cuantía de la pensión de jubilación, que la Corte, en decisión de instancia, debe fijar en la cantidad de $ 464.17, aceptada por el Banco y liquidada por él con base en la ley y en los sueldos devengados por el actor.

Del alegato que sustenta el recurso se infiere que invoca la primera causal de casación. Con base en ella formula dos cargos, que la Sala estudia conjuntamente por cuanto ambos se refieren a la misma cuestión jurídica.

Primer cargo

Violación directa por interpretación errónea del artículo 127 del C. S. T., y falta de aplicación de los artículos 128 y 308 ibídem, y aplicación indebida del artículo 260 del mismo estatuto.

Segundo cargo

Violación indirecta del artículo 260 del C. S. T., a causa de error de hecho ostensible en la apreciación de la prueba de inspección ocular (Fls. 70 a 72).

Alega en subsidio: violación directa del citado artículo 260, a consecuencia de errónea interpretación del artículo 127 y falta de aplicación de los artículos 128 y 307, e infracción indirecta del artículo 260 a causa de error de hecho en la apreciación de la prueba ya citada.

En sustentación del primer cargo dice el impugnante: la sentencia al interpretar el artículo 127 entiende que en dicha norma están contenidas como salario las primas legales, por lo que ella habla de primas, sobresueldos y bonificaciones habituales como denominación de la retribución de servicios. El Código del Trabajo se encarga de decir en el Capítulo VI del Título IX (segunda parte) que la prima de servicio no es salario, ni se imputará como factor de éste en ningún caso (Art. 307), lo que confirma en el artículo 128 al estatuir que no constituyen salario las prestaciones sociales de que tratan los Títulos VIII y IX. Es la errónea interpretación del artículo 127 lo que condujo al Tribunal, con olvido del 128 y del 307, a aplicar indebidamente el artículo 260, ya que esta norma toma como base para fijar la cuantía de la pensión el salario promedio del último año de servicio y no el salario promedio más el promedio de las primas legales.

Con relación al segundo cargo, el recurrente hace estas consideraciones:

Según la inspección ocular, el actor devengó en el mes de enero de 1959 la suma de $ 485.00 y en enero de 1960, la cantidad de $ 592.00. El Tribunal, al hacer la liquidación del sueldo promedio del último año de servicio (15 de enero de 1959 a 15 de enero de 1960) imputó el sueldo de todo el mes de enero de 1959 y todo el sueldo del mes de enero de 1960, cuando de uno y otro mes no podía tomar sino la mitad, es decir, hizo la liquidación sacando el promedio del último año sobre trece meses, en vez de doce que componen el indicado período de tiempo. Por haber procedido en tal forma incurrió en error de hecho en la estimación de la prueba mencionada.

A continuación hace la suma de los trece meses de sueldo, lo que da el guarismo de $ 7.234.00, distinto del de $ 7.287.50, según la cuenta del Tribunal. Si éste —anota el recurrente— hubiera tomado en consideración la mitad del salario en los meses de enero de 1959 y enero de 1960, el resultado habría sido distinto.

A continuación hace la suma de los sueldos devengados por el actor, indicados en la inspección ocular, durante el vigésimo año de servicios, tomando la mitad de los meses de enero de 1959 y enero de 1960, que en opinión del acusador es la correcta. Hecha la operación, el total de la asignación da la cantidad de $ 6.695.50.

El Tribunal —afirma el recurrente— al hacer la liquidación de donde obtuvo el promedio mensual del salario, incluyó no sólo las primas extralegales (un sueldo en cada semestre), parte integrante de la asignación, sino también las primas legales (15 días de salario por cada semestre) que no ha debido imputar. La inclusión de unas y otras, resulta de la siguiente operación:

Prima extralegal, pagada en junio de 1959 ... ...$	530.00
Prima extralegal, pagada en diciembre de 1959 ... ...$	592.00
Total .. .. ..$	1.122.00
Prima legal cancelada en junio de 1959 ... ...$	265.00
Prima legal cancelada en diciembre de 1959 . ...$	296.00
Total .. .. ..$	561.00

Por último dice el acusador: al agregar la sentencia a $ 1.122.00, valor de las primas extralegales, la cantidad de $ 561.00, importe de las primas legales, concluyó estableciendo que el valor de tales primas era de $ 1.683.00, que unida a los datos equivocados sobre el valor de los sueldos, o sea la cantidad de $ 7.287.50, le dio un total de $ 8.970.50, como base de las posteriores operaciones.

A los salarios de doce meses, que suman $ 6.695.50, sólo podía agregarse la cifra de $ 1.122.00, valor de las primas extralegales, como lo hizo oportunamente el Banco en la liquidación corriente al folio 8 del cuaderno número 1. Se habría obtenido así el guarismo de $ 7.817.50, lo que da un promedio mensual de $ 651.46, cuyo 75% o valor bruto de la pensión es de $ 488.60. Descontado de esta cifra el 5% para el pago de cesantía parcial, el monto de la obligación es la cantidad de $ 464.17.

Los cargos subsidiarios se apoyan en las mismas razones expuestas para demostrar los principales.

Consideraciones de la Corte

1. En lo pertinente dice el artículo 127 del C. S. T.:

"Constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales..."

A juicio del Tribunal, las primas legales, como la de servicio, hacen parte del salario, de acuerdo con el canon mencionado.

En concepto de la Corte no es acertado el entendimiento que al artículo 127 le da el sentenciador. La previsión legal se refiere a la prima como elemento adicional o complementario de la retribución fija u ordinaria, como, por ejemplo, la de producción, la de rendimiento, la de asistencia, no a la de servicio, establecida por la ley como prestación social; que ello es así lo corrobora el artículo 127 in fine. En efecto, conforme a esta disposición, no constituyen salario las prestaciones sociales de que tratan los Títulos VIII y IX del Código del Trabajo, y la prima en referencia se halla instituída como prestación social especial en el Capítulo VI, Título IX del nombrado estatuto; luego, de acuerdo con dicho ordenamiento, no es parte integrante del salario. La simple mención que de la dicción prima hace el artículo 127 le sirvió al Tribunal para sostener que ella es elemento de la asignación fija u ordinaria; pero como es obvio y lo enseña el artículo 30 del Código Civil, la ley no puede interpretarse aisladamente sino en conjunto, de manera que haya entre todas sus normas, en especial entre las que regulen materias semejantes, la debida correspondencia y armonía. Si el sentenciador se guía por el método de interpretación que establece la citada norma, habría encontrado que la prima de servicio es una prestación social especial (Art. 306) y aún más, que al tenor del Art. 307, no es salario, "no se computará como factor del salario en ningún caso". El punto lo definen con claridad los preceptos de que se ha hecho mérito; si el Tribunal, al fijar el sentido del Art. 127 toma en consideración aquellos preceptos, no se habría desviado en la recta inteligencia de la prementada disposición.

Se concluye de lo expuesto que el Tribunal violó, por errónea interpretación, el Art. 127 y, en consecuencia, los demás textos legales que indica el recurrente y por el concepto que éste expresa.

Prospera el primer cargo

2. En cuanto al segundo cargo, la Sala observa:

Según datos de la inspección ocular, el demandante devengó en el año de 1959, los siguientes sueldos:

Enero	$ 485.00
Febrero	485.00
Marzo	485.00
Abril	575.00
Mayo	530.00
Junio	530.00
Julio	592.00
Agosto	592.00
Septiembre	592.00
Octubre	592.00
Noviembre	592.00
Diciembre	592.00
Y Enero de 1960	592.00
Total	$ 7.234.00

Para obtener el promedio mensual durante el último año de servicios, el Tribunal hizo estas operaciones:

Sumó los sueldos devengados por el actor en trece meses, que según sus cuentas no es la cifra que se deja indicada, sino la de $ 7.287.50. A esta cantidad agrega la de $ 1.693.00, valor de las primas legales y extra-legales, y obtuvo así un total de $ 8.970.50. De esta cifra extrae el salario promedio mensual en el último año de labores ($ 747.54), de la cual toma el 75% ($ 560.65), valor en que fija la pensión jubilatoria objeto del pleito.

Dos equivocaciones fluyen del criterio adoptado por el ad-quem: se deriva el primero de haber imputado trece meses de salario en vez de doce, y el segundo, de haber incluído el valor de las primas de servicio.

Es claro que no podía imputar la sentencia todo el sueldo del mes de enero de 1959 y todo el del mes de enero de 1960, sino la mitad de uno y otro, ya que el último año de servicios, admitido por ella, es el comprendido entre el 15 de enero de 1959 y el 15 de enero de 1960. Efectuada la operación en esa forma, la suma de los salarios devengados por el actor en dicho período da la cantidad de $ 6.695.50.

El valor de las primas de servicio y el de las extralegales, arroja la cantidad de $ 1.683.00; si de este guarismo se deduce el importe de las primas legales ($ 561.00), la diferencia ($ 1.122.00) era la única que podía agregarse al valor de los sueldos en doce meses para determinar el promedio del salario que debía servir de base para liquidar la pensión jubilatoria.

La primera de las equivocaciones anotadas no conduce, como lo asevera el acusador, a error de hecho, porque no altera el Tribunal el valor de los sueldos en trece meses que registra la inspección ocular; pero al proceder en tal forma, desconoce lo preceptuado por el Art. 260 del Código, al tenor del cual la pensión de jubilación equivale al 75% del promedio de los sueldos devengados en el último año de servicios, y el año lo integran doce meses y no trece. La decisión quebranta, pues, de modo directo la norma citada, como lo sostiene el recurrente en el cargo que presenta como subsidiario del primero.

4. La adición de las primas legales a los sueldos, conjuntamente con las extralegales, para obtener el promedio del salario en el último año de servicio, fue una consecuencia del falso entendimiento que la sentencia le asigna al Art. 127 del CST., como lo sostiene la acusación.

Prospera, por tanto, el segundo cargo.

Las razones expuestas en el estudio de la demanda de casación, bastan para sustentar la decisión que en instancia le corresponde dictar a la Sala.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida en cuanto fija en la suma de quinientos sesenta pesos sesenta y cinco centavos ($ 560.65) el monto de la pensión jubilatoria, reforma la de primer grado en cuanto dispone que el valor de dicha prestación es la cantidad de quinientos veintitrés pesos sesenta y cinco centavos ($ 523.65) y, en su lugar, señala en cuatrocientos ochenta y ocho pesos sesenta centavos ($ 488.60) el valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación que el establecimiento bancario demandado debe pagar a Bernardo Muñoz Botero. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso de casación.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN. — CARACTER DE ESTAS DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL. — PRESTACIONES SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DE LAS MISMAS. — PENSION MENSUAL DE INVALIDEZ.

La empresa. — Sus características y su noción desde el punto de vista jurídico-económico. — Sujeto del contrato de trabajo. — Protección al trabajo subordinado por parte de la legislación colombiana. — Patronos sin el carácter de empresa. — Prestaciones especiales establecidas en el Art. 338 del CST. — Errónea interpretación del Art. 194 de la misma obra.

La empresa, desde un punto de vista jurídico-económico, es la organización de los dos factores de la producción: capital y trabajo. No es requisito esencial para que ella exista, que persiga un fin de lucro; la explotación económica a que se refiere el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, debe entenderse en el sentido anotado, o sea la organización de los dos factores para perseguir fines comunes. Como dice Barassi: "Es obvio que la empresa, o sea la organización de la explotación, se proponga por regla general, un fin de lucro. No es un presupuesto de la "empresa" como acto de comercio (Art. 2195); pero es cierto que el legislador tuvo especialmente presente esta hipótesis. De cualquier modo, puede faltar en la realidad. Por regla general, hay que concluir que esto influye en el régimen de las relaciones de trabajo individual". Tratado de Derecho del Trabajo. Pág. 273. Edición de 1953.

Es pues, la colaboración entre el capital y el trabajo lo que caracteriza a la empresa. En derecho laboral la noción de empresa es más amplia que la de patrono y ha sido establecida con el objeto de evitar fraudes a la ley, finalidad que se logra evitando el fraccionamiento de actividades económicas similares, conexas o complementarias, que son consideradas como una sola unidad de explotación económica, y gravando a la empresa en sí misma considerada con las demás prestaciones sociales a favor de sus trabajadores, sin tener en cuenta al propietario, usuario o poseedor, quien puede variar, sin que por ello desaparezca la obligación de pagar las prestaciones sociales. Pero el sujeto del contrato de trabajo continúa siendo el patrono, el empleador, la persona jurídica o natural, pues la empresa, considerada como un sistema de organización entre el capital y el trabajo, no es un sujeto de derecho. Por eso se ha criticado nuestro derecho positivo cuando dice que las empresas son las obligadas, debiendo referirse, con más propiedad, a los empresarios.

Cuando en el capítulo de las prestaciones sociales, nuestro Código menciona preferentemente a las empresas para consagrar dichas prestaciones en favor de sus trabajadores, lo hace en consideración al capital invertido, sin que tenga en cuenta el ánimo de lucro de los empresarios. A diferencia de otras legislaciones, la nuestra protege el trabajo subordinado, cualquiera que sea su finalidad, y únicamente por razones de equidad, restringe las prestaciones, sin eliminarlas totalmente, cuando la empresa no persigue el lucro en sus actividades. Por eso el artículo 338 del C. S. del T. habla de patronos sin ánimo de lucro, en el cual, como es natural, quedan comprendidas las empresas que no tienen dicho ánimo, aun

cuando del título del respectivo capítulo pueda entenderse otra cosa, pues, como ya se dijo, el patrono es el sujeto del contrato de trabajo, y la empresa es una entidad, formada por la organización del capital y el trabajo. Las instituciones de utilidad común, como los hospitales, son empresas desde el punto de vista laboral, pues en ellas están reunidos el capital y el trabajo, para conseguir fines sociales, ajenos al lucro. Si el capital invertido en dichas instituciones es igual o mayor al señalado en la ley, sus trabajadores adquieren derecho a las prestaciones especiales, en la forma restringida que establece el Art. 338 del Código Sustantivo del Trabajo.

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

(Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C.

Auxiliar de Casación Laboral).

Bárbara León Osorio, por medio de apoderado demandó al Hospital de San Vicente de Paúl de Medellín, para que sea condenado a pagarle una pensión de invalidez según la graduación del médico o médicos que la califiquen, teniendo en cuenta lo establecido en el Art. 279 del C. S. del T. sobre el mínimo de la pensión mensual; la indemnización por mora de que trata el Art. 65 del mismo Código, y subsidiariamente cuanto se probare y dedujere en el proceso de los conceptos anteriores.

Como hechos de la demanda presentó los siguientes: "1º La señora Bárbara León Osorio prestó su capacidad de trabajo durante varios años al Hospital de San Vicente de Paúl y con el salario que se comprobará oportunamente. 2º Como consecuencia de enfermedades no profesionales, adquiridas durante el tiempo de sus servicios a la entidad demandada, a la señora León Osorio le ha sobrevenido una invalidez que la incapacita socialmente para procurarse siquiera una remuneración de un tercio (⅓) de lo que devengaba antes. 3º Presuntivamente terminó el vínculo de trabajo por razón de sus dolencias físicas, que le impedían hacer los más mínimos esfuerzos. 4º En la actualidad continúa incapacitada para toda clase de labores, pues la prescripción especialísima dada por los varios médicos tratantes es la de absoluto reposo, tranquilidad en su modo de vivir y cuidados especiales con la alimentación".

Citó las siguientes disposiciones de derecho: Artículos 23, 24, 65, 127, 129, 227, 278 y demás concordantes y pertinentes del Código Laboral.

Al contestar la demanda, la entidad demandada no aceptó los hechos a que ella se refiere. Se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas. Propuso las excepciones de inepta demanda e inexistencia de la obligación toda vez que el Hospital está exento de pagar la prestación solicitada.

Cumplido el trámite de primera instancia el Juez Segundo del Trabajo de Medellín, que fue el del conocimento, condenó al Hospital de San Vicente de Paúl a pagar a la demandante una pensión mensual de invalidez de $ 30.28, a partir del 16 de diciembre de 1954, y hasta por 30 meses. Apeló la parte vencida. El Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, revocó la sentencia de primer grado y en su lugar absolvió al Hospital de San Vivente de Paúl de los cargos formulados por Bárbara León Osorio. Interpuesto el recurso de casación, fue concedido. Admitido por esta superioridad, se decidirá con base en la demanda de casación presentada oportunamente.

Alcance de la impugnación

Persigue la casación total del fallo impugnado a fin de que convertida la Sala en Tribunal de Instancia, confirme el fallo del a-quo en cuanto reconoce a la demandante el derecho a la pensión de invalidez y lo infirme en cuanto a la absolución pronunciada en favor de la parte demandada relacionada con la indemnización por mora. Con base en la causal primera formula un solo cargo.

Cargo único

Cita como disposiciones violadas: El artículo 194 del C. S. T. en relación con los artículos 1º, 18 y 21 de la misma obra; b) el artículo 278 del C. S. del T. en concordancia con el 388 de la misma obra y con el decreto reglamentario de esta última disposición, o sea el 0053 de 1952; y c) el artículo 65 del C. S. del T. Como concepto de

la violación señala la errónea interpretación del Art. 194 del Código Sustantivo del Trabajo, la infracción directa del Art. 178 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con el Art. 338 ibídem y con el Decreto reglamentario de esta última disposición o sea el 0053 de 1952, y el Art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo. En relación con la errónea interpretación del Art. 194 del C. S. T. dijo el recurrente: "Los antecedentes del artículo 194 del C. S. del T. se encuentran en el artículo 15 de la Ley 6ª de 1945, en el artículo 44 del Decreto reglamentario 2313 de 1946 y en el artículo 6º de la Ley 64 de 1946. Si se examinan estos antecedentes y se los relaciona con el ordinal 2º del mismo artículo 194, debe llegarse a la conclusión inequívoca de que la definición de Empresa —o mejor, la descripción de "Empresa"— que trae nuestro actual estatuto laboral es una norma dictada por el legislador en defensa de los intereses de los trabajadores; que solamente en ese sentido tiene justificada su existencia dentro del Código; y que en tal forma es necesario entenderla y aplicarla. En efecto, si no existiese la ameritada disposición contenida en el artículo 194 sería muy fácil para los empleadores burlar los preceptos relacionados con las prestaciones especiales de que trata el Título IX del Código pues para ello bastaría con el fraccionamiento del capital o con la separación material o jurídica de las distintas dependencias de una Empresa. No existe, por consiguiente, ninguna razón legal concreta para concluir, como lo hace el Tribunal de Medellín, que mediante dicha definición se pretendió excluir a los trabajadores al servicio de entidades sin ánimo de lucro, pero que reúnen los requisitos previstos en los capítulos referentes a las prestaciones especiales, de los beneficios de dichas prestaciones. Para llegar a su injusta y equivocada interpretación del artículo 194 el ad-quem se basó en una serie de disquisiciones y distinciones sobre lo que debe entenderse por "unidad de explotación económica". Pero al formular sus eruditas consideraciones el Tribunal de Medellín se abstuvo, tan sólo, de tomar en cuenta las normas de interpretación propias de nuestro sistema colombiano del derecho laboral que están contenidas en forma expresa en los artículos 21 y 18, en relación con el Art. 1º, de nuestro Código sobre la materia. La afirmación del Tribunal de que la expresión "unidad de explotación económica" significa necesariamente ánimo de lucro en la entidad que constituye esa unidad de explotación económica, es una afirmación que no sólo desconoce los antecedentes y la finalidad del artículo 194 sino que, además, no encuentra apoyo alguno en ninguna otra disposición de nuestras leyes. Ni siquiera tomando la expresión "explotación económica" desde el punto de vista más ajeno a la ciencia del derecho y a las normas expresas de interpretación de las leyes laborales, o sea con el anticuado criterio textualista, exegético o literal, puede llegarse a la conclusión del Tribunal de que "explotación económica" significa necesariamente "ánimo de lucro". "Explotar" significa en su acepción más corriente "aprovechar". "Explotación económica" ha de entenderse, pues, como aprovechamiento de un patrimonio, como movilización y utilización de un capital o acervo valorable económicamente para la obtención o realización de una determinada finalidad. Pero nada exige que esa finalidad sea necesariamente la de obtener ganancias o utilidades en el sentido comercial de tales ganancias o utilidades. Si se examina la expresión "unidad de explotación económica", que aparece en el artículo 194, de acuerdo con los antecedentes del artículo, con el contexto total del mismo, o sea en relación con su acápite número 2 y en concordancia con el artículo 198, y de acuerdo con el espíritu general de nuestro derecho del trabajo, aparece claramente cómo el legislador le dio razón de ser a dicha expresión, la justificó y la incluyó en el Código, con el carácter de norma especial y expresamente protectora, poniendo el acento en el concepto de "unidad" desde el punto de vista patronal. Y trató así de definir o describir cómo y en qué ha de consistir esa unidad y de dar una pauta al juzgador para que declare la existencia de tal unidad en los casos en que los empleadores obligados al pago de las prestaciones con-

sagradas en el Capítulo IX del Código traten de hacer fraude a la ley. Resulta tan clara la intención del legislador en este sentido que en el artículo 198 amplió dicha facultad, en forma que aparece ser anticonstitucional, a las autoridades administrativas. Al afirmar el ad-quem, en el fallo recurrido, que como "Empresa" —en el sentido en que de Empresas trata el Capítulo IX del C. S. del T.— ha de considerarse únicamente la entidad en la cual confluyen el factor de "organización constituida jerárquicamente por empleadores y empleados" con el factor de búsqueda de lucro o ganancias monetarias (folio 47), incurrió en violación directa, por errónea interpretación, del artículo 194 del C. S. del T., violación relacionada con la infracción directa de los artículos 21, 18 y 1º ya citados de la misma obra. En el entendimiento de que la acusación por infracción directa es consecuencia de la interpretación errónea, se estudiará el cargo.

Se considera

La empresa, desde un punto de vista jurídico-económico, es la organización de los dos factores de la producción: capital y trabajo. No es requisito esencial para que ella exista, que persiga un fin de lucro; la explotación económica a que se refiere el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, debe entenderse en el sentido anotado, o sea la organización de los dos factores para perseguir fines comunes. Como dice Barassi: "Es obvio que la empresa, o sea la organización de la explotación, se propone por regla general, un fin de lucro. No es un presupuesto de la "empresa" como acto de comercio (Art. 2195); pero es cierto que el legislador tuvo especialmente presente esta hipótesis. De cualquier modo, puede faltar en la realidad. Por regla general, hay que excluir que esto influya en el régimen de las relaciones de trabajo individual". Tratado de Derecho del Trabajo. Pág. 273. Edición de 1953...

Es pues, la colaboración entre el capital y el trabajo lo que caracteriza a la empresa. En derecho laboral la noción de empresa es más amplia que la de patrono y ha sido establecida con el objeto de evitar fraudes a la ley, finalidad que se logra evitando el fraccionamiento de actividades económicas similares, conexas o complementarias, que son consideradas como una sola unidad de explotación económica, y gravando a la empresa en sí misma considerada con las prestaciones sociales a favor de sus trabajadores, sin tener en cuenta el propietario, usuario o poseedor, quien puede variar, sin que por ello desaparezca la obligación de pagar las prestaciones sociales. Pero el sujeto del contrato de trabajo continúa siendo el patrono, el empleador, la persona jurídica o natural, pues la empresa, considerada como un sistema de organización entre el capital y el trabajo, no es un sujeto de derecho. Por eso se ha criticado nuestro derecho positivo cuando dice que las empresas son las obligadas, debiendo referirse, con más propiedad, a los empresarios. Cuando en el Capítulo de las prestaciones sociales especiales, nuestro Código menciona preferentemente a las empresas para consagrar dichas prestaciones en favor de sus trabajadores, lo hace en consideración al capital invertido, sin que tenga en cuenta el ánimo de lucro de los empresarios. A diferencia de otras legislaciones, la nuestra protege el trabajo subordinado, cualquiera que sea su finalidad, y únicamente por razones de equidad, restringe las prestaciones, sin eliminarlas totalmente, cuando la empresa no persigue el lucro en sus actividades. Por eso el artículo 338 del C. S. del T. habla de patronos sin ánimo de lucro, en el cual, como es natural, quedan comprendidas las empresas que no tienen dicho ánimo, aún cuando del título del respectivo capítulo pueda entenderse otra cosa, pues, como ya se dijo, el patrono es el sujeto del contrato de trabajo, y la empresa es una entidad, formada por la organización del capital y el trabajo. Las instituciones de utilidad común, como los hospitales, son empresas desde el punto de vista laboral, pues en ellas están reunidos el capital y el trabajo, para conseguir fines sociales, ajenos al lucro. Si el capital invertido en dichas instituciones es igual o mayor al señalado en la ley, sus trabajadores adquieren derecho a las prestaciones especiales, en la forma restringida que establece el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo.

Ya la jurisprudencia de esta Sala se había pronunciado sobre estos aspectos en el fallo dictado en el juicio de Federico Delgado contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Se dijo en esa ocasión: "Sin embargo, las circunstancias y hechos anotados no permiten llegar a la conclusión del Tribunal, en cuanto afirma que la obligación impuesta por el artículo 306 del C. S. T. sobre pago de la prima de servicios, no cobija o comprende al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en razón de que no es una "empresa". En efecto, se ha creído que la definición dada en el Código Sustantivo del Trabajo, de lo que se entiende por empresa, obedece a la finalidad de establecer una distinción entre patrono empresario y simple patrono, para los efectos de imponer a los primeros determinadas prestaciones de que están exentos los últimos. Sin embargo, si se atiende al régimen legal establecido en dicho estatuto respecto a las prestaciones patronales tanto comunes como especiales, no queda duda de que comprende como obligado a su reconocimiento y pago a todo patrono, sea o no empresario. Así, en lo referente a las prestaciones comunes, el artículo 193 del C. S. T., las impone, en forma general, a todos los patronos, salvo las excepciones que en el Título VIII se consagran. Con relación a las prestaciones especiales que se regulan en el Título IX, ha obrado en apoyo de la mencionada creencia, la circunstancia de que el Código utiliza el vocablo "empresa" al referirse a la parte patronal obligada, en las disposiciones que regulan la pensión de jubilación, (Art. 260), el auxilio por enfermedad no profesional e invalidez (Art. 277 y 278), y el seguro de vida colectivo (Art. 289), entre otras. No obstante lo anterior, analizado cuidadosamente el punto, se aprecia que la aludida distinción es más aparente que real, si se tiene en cuenta la regla general contenida en el Art. 259 del C. S. T., que permite establecer con criterio interpretativo, un campo más amplio de aplicación de las normas que regulan las prestaciones patronales especiales. Dice así esta disposición: Art. 259. "Los **patronos o empresas** que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo Capítulo. 2. **Las pensiones de jubilación**, el **auxilio de invalidez** y el **seguro de vida colectivo obligatorio** dejarán de estar **a cargo de los patronos** cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto". (Ha subrayado la Sala). El contenido de la norma que se deja transcrita, conduce a afirmar que, en realidad, lo que se advierte en el Código, es la identificación de conceptos existente entre los vocablos "patrono o empresa" que emplea la mencionada disposición, para efectos de individualizar o determinar los sujetos patronales obligados al pago de las prestaciones especiales que allí se establecen, sin utilizar ningún otro criterio excluyente de esa obligatoriedad, que el factor económico resultante del capital de la empresa y la modalidad de permanencia de la misma, para ciertos casos. Así las cosas, si de lo que se trata, como es evidente, es de regular en su alcance y contenido los efectos derivados de un contrato de trabajo y, concretamente, de un derecho o prestación especial que se reclama de un patrono con fundamento en ese contrato, no cabe la menor duda de que su existencia, alcance, protección y efectos, son los que se determinan en el Código Sustantivo del Trabajo".

Así es que al afirmar el Tribunal que las instituciones de utilidad común no son empresas, por cuanto no persiguen fines de lucro, interpretó erróneamente el artículo 194 del C. S. del T. Infringió, en consecuencia, los preceptos señalados por el recurrente, que establecen el derecho de la demandante a la pensión de jubilación. Prospera el cargo y en el fallo de instancia se resolverá de acuerdo con las normas legales y los hechos que se encuentren probados.

Fallo de instancia

Con el certificado que obra a folio 19, expedido por el Jefe de Tiempo del Hospital de San Vicente de Paúl, se encuentra probado que **Bárbara León Osorio** trabajó como enfermera auxiliar al servicio de la en-

tidad demandada, desde el 1º de enero de 1940 hasta el 15 de diciembre de 1954, y que el salario devengado al retirarse del hospital era de setenta y seis pesos con catorce centavos ($ 76.14) en dinero y $45.00 en especie (alimentación y alojamiento).

El doctor Eduardo Emilio Escobar Gómez, Médico Seccional del Trabajo, nombrado como perito, dictaminó que la demandante sufría por lo menos una incapacidad parcial permanente antes del 1º de diciembre de 1954. Como su retiro se efectuó el 15 del mismo mes y año, quiere decir que en esa fecha se encontraba incapacitada para el trabajo. Cuanto al capital de la entidad demandada, aparece una certificación expedida por la Administración de Hacienda Nacional de Medellín, en que se hace constar que el Hospital San Vicente de Paúl no aparece como declarante en dicha administración. Como no presentó la prueba exigida por el artículo 195 del C. S. del T., se presume que tiene el capital necesario para pagar la prestación demandada, pues aún cuando los bienes y rentas dedicados a la asistencia social están exentos de gravarse con los respectivos impuestos, tal circunstancia no exime a las entidades que se dedican a estas actividades a declarar sus rentas y bienes, tal como se desprende de los artículos 2º, ordinal 10; 4º, ordinal 4º, y 10 de la Ley 78 de 1935, y artículo 41 del Decreto 818 de 1936.

Demostrado que la demandante sufría una incapacidad permanente parcial en la fecha en que terminó su relación laboral, tiene derecho a una pensión mensual de invalidez equivalente a la mitad del salario promedio mensual, hasta por treinta meses. Como según el dictamen del Médico Seccional del Trabajo, la demandante aún se encontraba invalidada en la fecha en que éste se rindió, o sea el 7 de octubre de 1957, y como entre esa fecha y la del retiro transcurrieron más de los treinta meses, se reconocerá la pensión por el máximo señalado en el ordinal b) del artículo 278 del C. S. del T. Siendo el sueldo mensual devengado por la demandante de $ 121.14, le correspondería una pensión mensual de $ 60.56. El Juez de primer grado redujo esta suma a la mitad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 0053 de 1952, que señaló en un 50% el valor de las prestaciones sociales a cargo de las instituciones de utilidad común, por lo cual se abstuvo de aplicar el mínimo señalado por el artículo 279 del C. S. del T. para las pensiones de invalidez. Esta suma es la que también reconocerá la Sala, que es la misma solicitada en este recurso, pues el impugnador se limitó a pedir que se confirmara en este punto la sentencia de primer grado.

Cuanto a la indemnización moratoria a que se refiere el artículo 65 del C. S. del T., no existe prueba alguna de que a la terminación del contrato de trabajo, la entidad demandada conociera el estado de invalidez de Bárbara León Osorio. En estas condiciones no le era factible darle cumplimiento a la norma allí establecida, sobre el pago o consignación de lo debido por concepto de prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, pues la invalidez sólo vino a determinarse en este juicio por el perito del Ministerio del Trabajo. Por esta razón se confirmará también en esta parte el fallo de primer grado.

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 la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Medellín Sala Laboral y en función de instancia Confirma la sentencia de primer grado, dictada por el Juez Segundo del Trabajo de Medellín.

Costas del juicio a cargo de la parte demandada.

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.

JORNADA ORDINARIA Y TRABAJO SUPLEMENTARIO. — FORMAS DE REMUNERACION DEL DESCANSO EN DOMINICALES Y FESTIVOS

Observa la Sala que el Tribunal incurrió en error de hecho al no dar por demostrado que el demandante trabajó horas suplementarias, e infringió indirectamente, a través de este error, el artículo 159 del Código Sustantivo del Trabajo que dice que el trabajo suplementario es el que excede de la jornada ordinaria; el artículo 161 del mismo Código, que establece que la jornada ordinaria no puede exceder de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, salvo las excepciones legales, y el 168 de la misma obra, que señala la forma como debe remunerarse al trabajador suplementario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., julio 26 de 1965.

(Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C. Auxiliar de Casación Laboral).

El doctor **Florentino Castro Arciniegas**, por medio de apoderado, demandó a la **Colombian Petroleum Company**, domiciliada en Cúcuta y representada por el señor Richard M. Boyd, Jefe de Relaciones Industriales o por quien haga sus veces, para que previo el trámite de un juicio ordinario se la condene a pagarle el valor correspondiente al tiempo faltante para cumplirse el último período presuntivo de su contrato de trabajo; la pensión mensual de jubilación especial de que habla el artículo 272 del C. S. T.; en subsidio de lo anterior los perjuicios ocasionados por el despido de que fue objeto y que corresponden al daño emergente, que estima en la suma global que hubiera recibido por concepto de jubilación. Pide además el valor correspondiente a las horas extras trabajadas durante la existencia del contrato de trabajo, diurnas y nocturnas; el reajuste de las prestaciones sociales conforme al salario mensual que le resulte devengado, computando todo lo que recibió por concepto de remuneraciones de trabajo; el valor correspondiente a 14 días de salario por haber estado enfermo en New York (EE. UU.) interno en una clínica; lo correspondiente a descansos compensatorios debidos; la indemnización moratoria a que se refiere el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y las costas del juicio.

Fundamentó su demanda en los hechos siguientes: "1º El doctor Florentino Castro es un médico titulado e idóneo y especializado en tisiología y Rayos X; 2º El doctor Castro en su condición de médico titulado entró a prestar sus servicios profesionales a la Colombian Petroleum C. el once de enero de mil novecientos cuarenta y seis; 3º Desde el comienzo de su contrato de trabajo el doctor Castro prestó servicios como médico tisiólogo y encargado de los rayos X; 4º Durante su contrato de trabajo el doctor Castro devengó distintos salarios; 5º El doctor Castro fue despedido ilegal e intempestivamente con fecha 26 de febrero, según carta de despido suscrita por el director del Departamento médico de la empresa, doctor Alfredo Landínez; 6º En la empresa existe un reglamento de higiene, que además de las normas esenciales que debe contener todo reglamento de esta naturaleza conforme al artículo 350 del C. S. T., contiene disposiciones normativas de la prestación del servicio y que regulan las relaciones laborales, siendo de obligatorio cumplimiento por ambas partes; 7º El reglamento de la higiene de la empresa es obligatorio para todos los trabajadores de ella y en especial para el cuerpo médico. El señor médico director al despedir al doctor Castro violó completamente el artícu-

lo 38 en su numeral IV que dice en su parte final que el contrato y retiro del personal, así como el aumento de salario, deberá ser propuesto por el médico director según sea necesario; 8º El despido de que fue objeto el doctor Castro es ilegal por cuanto la empresa aun pudiendo hacer uso de la cláusula de reserva, no pagó previamente las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que había lugar, requisito necesario para la plena efectividad del despido, conforme lo exige el artículo 48 del C. S. T. Las prestaciones sociales le fueron pagadas 16 días después de notificado el despido; 9º La cláusula 4ª del contrato de trabajo a que se refiere el doctor Landínez en su carta de despido a mi mandante, es ambigua e ineficaz, porque no contiene la forma expresa a que se refiere el artículo 48 del C. S. T. que debe ser consignada en el contrato de trabajo para que tenga plena validez. 10. El doctor Castro desempeñó el cargo de encargado del servicio especial de tisiología de la empresa conforme lo dispone el artículo 61 del reglamento de higiene general de la misma; 11. Como encargado de tal servicio el doctor Castro era o es acreedor a la pensión especial de jubilación a que se refiere el artículo 272 del C. S. T.; 12. El doctor Castro trabajó al servicio de la empresa en forma continua durante trece años y dos meses, en jornadas muy superiores a las ordinarias; 13. La empresa al despedir al doctor Castro no lo hizo por razón alguna justificativa, sino simplemente por evitar el pago de una prestación especial como es la jubilación, pues al mismo tiempo que se le despedía se enganchaba otro u otros médicos. Es decir, la empresa abusó del derecho de despedir; 14. Durante la audiencia de conciliación habida con la empresa el 3 de marzo pasado a solicitud del suscrito, el señor R. M. Boyd, se apresuró a rechazar "categóricamente" cualquier alegación, que no se había hecho, sobre la pensión de jubilación. Es decir, que la apresurada manifestación del señor representante de la empresa es un hecho revelador de que la causa del despido tiene como razón en el fondo la jubilación. 15. Mi mandante recibió el 16 de marzo el valor correspondiente a la liquidación que la empresa hizo de sus prestaciones sociales, pero se reservó el derecho a reclamar por lo que considera le quedaban debiendo. En tal liquidación no se incluyó todo el salario que mensualmente devengaba, pues se dejó de incluir lo que ha debido recibir por horas extras; 16. Aunque el doctor Castro aparentemente trabajó 13 años y 2 meses, en realidad el trabajo comprende un lapso mayor, por cuanto las jornadas que hacía eran frecuentemente de 24 horas diarias y tal tiempo extra trabajado se le debe computar para el pago de la jubilación; 17. Se presume de derecho que cuando el artículo 272 del C. S. T. o en otras disposiciones referentes al mismo tema, hablan de determinado tiempo de servicio, se refieren es a jornada ordinaria. Pero si ese tiempo se cumple con jornadas extraordinarias, la pensión debe ser cubierta. Lo anterior se explica así: anualmente hay 297 días laborales, teniendo en cuenta el artículo 177 del C. S. T. y los descansos dominicales. La jornada ordinaria legal para los médicos en este caso es de 8 horas. En 15 años hay 4.455 días laborales y 35.640 horas de trabajo. Este número de horas trabajadas es el que se requiere para tener derecho a la pensión. En este caso mi mandante durante la existencia de su contrato de trabajo, trabajó en número superior a las horas requeridas; 18. El doctor Castro trabajó horas extras así: semanas enteras de lunes a las 6.30 a.m. hasta la misma hora del siguiente lunes, 108 horas extras diurnas y nocturnas; de los sábados a las 12 m. hasta el lunes siguiente a las 6.30 a.m. 30½ horas extras. Este trabajo era turnado. 19. Para efectos del riguroso trabajo extra, mi mandante recibía alimentación en el Hospital y dormía allí; 20. Todo trabajador de la empresa no puede estar en los campos sino cuando está trabajando, salvo cuando reside en algún lugar aledaño a ellos. Mi mandante tiene su residencia habitual con su familia en esta ciudad. 21. Mi mandante estuvo enfermo en la ciudad de Nueva York durante los días 25 de septiembre a 6 de octubre de 1957 y tales días no le fueron reconocidos, sino computados como vacaciones; 22. Mi mandante no gozó de todos los descansos compensatorios".

Fundó su derecho en las siguientes normas: Artículos 21, 27, 48, 55, 64, 65, 66, 127, 158, 159, 160, 161, 168, 169, 188, 249, 253, 272, 306, 340 del C. S. T. y el Reglamento de Higiene vigente en la Empresa.

Al contestar la demanda por medio de apoderado, la empresa demandada aceptó los hechos relacionados con la prestación de servicio, pero negó que ellos hubieran sido prestados como tisiólogo o radiólogo. Admitió el despido, pero no que éste fuera ilegal e intempestivo. No admitió que el demandante hubiera trabajado horas suplementarias y en cuanto a los 14 días de enfermedad manifestó que había durado 10 días hospitalizado en New York, no por enfermedad, sino para chequeo de salud, habiéndosele pagado los gastos.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del Trabajo de Cúcuta, quien conoció del juicio, dictó sentencia en cuya parte resolutiva no accedió a ninguna de las peticiones formuladas por el demandante y en consecuencia absolvió a la firma demandada de los cargos de la demanda. Condenó en costas a la parte actora.

Apeló la parte vencida. El Tribunal Superior de Pamplona, Sala de Decisión Laboral, confirmó en todas sus partes la sentencia objeto de la apelación y condenó en costas a la parte demandante, quien interpuso el recurso de casación, el cual fue concedido por el Tribunal y admitido por esta superioridad. Presentada oportunamente la demanda de casación, formuló escrito de oposición la **Colombian Petroleum Company**. Cumplidas las ritualidades la Sala decidirá.

Alcance de la impugnación

Persigue se case el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Pamplona, y que esta Sala, convertida en Tribunal de Instancia, decrete las peticiones de la demanda determinadas así: "La número cuatro (4) que trata del tiempo faltante del contrato presuntivo de trabajo; la séptima (7ª) petición sobre reconocimiento de horas extras, reajuste de la cesantía y de las vacaciones; y la petición novena (9ª) sobre sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C. S. de T., lo mismo que la reforma del fallo en cuanto se refiere a la condenación en costas de las dos instancias".

Con base en la causal 1ª formula cinco cargos, los cuales se estudiarán en su orden lógico.

Primer cargo

"Ser la sentencia acusada violatoria por aplicación indebida de los artículos 32, 48, 49 y 64 del C. S. de T. y del artículo 582 del Código de Comercio. Esta infracción se produjo al través de graves y ostensibles errores de hecho en la apreciación de las pruebas y la falta de apreciación de otras causal 1ª del artículo 87 del Código de Procedimiento laboral. El error manifiesto en que incurrió el sentenciador de la segunda instancia en el cargo formulado fue el de no haber decretado a favor de mi mandante la petición cuarta (4ª) de la demanda sobre término faltante del contrato presuntivo de trabajo, por cuanto consideró que de la carta de despido se infería, la aplicación de la cláusula 4ª del contrato de trabajo, celebrado con el doctor Rafael Espinosa como representante de la Colombian Petroleum Company. El mencionado error lo atribuyo a que el juzgador consideró que el doctor Landínez, como Jefe del Departamento Médico de la Compañía tenía facultad para despedir, cuando de acuerdo con el Reglamento de Higiene de la Empresa sólo tiene facultad para proponer el despido de un médico como lo dispone el numeral 4º del artículo 38 del Reglamento de Higiene (Fl. 49). Por los errores apuntados el sentenciador violó las disposiciones citadas así: El artículo 32 del C. S. de T. que establece que son representantes del patrono "además de quienes tienen ese carácter según la Ley o los Reglamentos de trabajo...". La disposición citada de Reglamento de Higiene que es de estricto cumplimiento establece no la facultad conferida al Jefe del Departamento Médico de la Compañía para despedir, sino todo lo contrario la exclusión de dicha facultad, por cuanto dice que el Jefe o Director de dicho Departamento "propondrá el contrato y el retiro del personal del Departamento Médico". No se puede confundir la facultad de proponer un retiro con la de **decidir** el retiro y comunicarlo, como lo hizo el doctor

Landínez en la carta de retiro fechada el 26 de febrero de 1959 (Fl. 2). No habiendo sido notificado el retiro u aviso de terminación del contrato por el verdadero representante de la Empresa que lo sería el doctor Rafael Espinosa, quien aparece firmando el contrato de trabajo visible al folio 3 o el Gerente de la Compañía y no teniendo facultad para despedir el Jefe o el Director del Departamento Médico, la carta de despido en que se invoca la cláusula de reserva es ineficaz, y por lo tanto debe prosperar la petición de reconocimiento del término faltante del contrato presuntivo de trabajo que media entre el 15 de abril al 11 de julio de 1959 en que venció el último período presuntivo del contrato. Por las anteriores razones el sentenciador dejó de aplicar, siendo el caso de hacerlo los artículos 64 y 352 del C. S. de T. y el artículo 582 del Código de Comercio".

Según el opositor no cabe la menor duda de que el Director del Departamento Médico de la empresa demandada representa al patrono frente a los trabajadores que dependen de ese Departamento y si no ejerció esa representación por la alta posición directiva que ocupaba, la tendría al menos por la aquiescencia expresa o tácita del patrono, pues no aparece ninguna orden contraria a su determinación.

Se considera

El doctor Alfredo Landínez S., en su carácter de Director del Departamento Médico de la Colombian Petroleum Company, tenía la representación de esta empresa y como tal la obligaba frente a los trabajadores que estuvieran bajo su dirección inmediata, al tenor de lo dispuesto en el artículo 32 del C. S. del T. Al señalar el ordinal IV del artículo del Reglamento de Higiene que el Director del Departamento tiene entre sus funciones la de proponer el retiro del personal bajo sus órdenes, está fijando sus obligaciones ante la empresa, sin que ello implique una limitación en su calidad de representante del patrono. Y aún suponiendo que la citada disposición le hubiese quitado la facultad de despedir, en el caso del despido del demandante la empresa dio su aquiescencia a la terminación del contrato de trabajo, desde el momento en que procedió a liquidar las prestaciones sociales del doctor Florentino Castro A. y verificó el pago correspondiente, despejando así cualquier duda sobre la validez del acto realizado por su Director del Departamento Médico. Así es que no incurrió el Tribunal en error de hecho evidente al dar por demostrado que el despido del demandante se hizo de acuerdo con las formalidades legales. No prospera el cargo.

Tercer cargo

"Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria, por aplicación indebida de los artículos 107, 158, 159, 160, 161, 168 y 362 del Código Sustantivo del Trabajo; ocurrida dicha infracción como consecuencia de errores manifiestos de hecho en la apreciación de determinadas pruebas y por la falta de apreciación de otras —causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral—. En los considerandos del fallo y en la parte correspondiente a la reclamación de horas extras el fallador de segunda instancia considera inicialmente que de acuerdo con el contrato de trabajo visible al folio 3º, el horario establecido por el médico Director del respectivo Departamento de la Compañía (Fls. 5 y 6) no considera servicio extraordinario de trabajo y que inclusive los días miércoles, jueves y viernes por la mañana aparecen en el mencionado horario descansos compensatorios. No obstante a que cita en las pruebas analizadas el Reglamento de Higiene de la Colombian Petroleum Company (Fols. 27 a 72) y particularmente el artículo 34 de dicho Reglamento, dejó de apreciar los ordinales 2º y 3º en que establece como obligaciones por parte de los médicos y demás empleados del Departamento Médico la obligación de trabajar guardias durante el día y la noche por parte de los médicos y demás personal y concluye: "Las horas de guardia nocturnas serán remuneradas de acuerdo con las leyes. Artículo 34, ordinal III. Los empleados que tengan guardias en días de descanso dominical o días de fiesta nacionales, tomarán el día de descanso en la próxima semana o en casos de ser imposible recibirán el doble jornal por día de fiesta. "Artículo 38 ...II. El médico Director de acuerdo con el grupo médico asocia-

do distribuirá el trabajo médico quirúrgico, de Rayos X, etc., del día. En lo posible se operará en la mañana y se fijarán las horas para trabajos de rutina de Rayos X, quedando entendido que los casos graves se tratarán a cualquiera hora, según sea necesario. Ordinal 3º "Fijará las guardias médicas y los días de descanso compensatorio de los profesionales". (Fols. 48v y 49). Así, dejó de aplicar siendo el caso de hacerlo el artículo 108 ordinal 5º del Código Sustantivo del Trabajo que establece la autorización de horas extras. Como el Reglamento de Higiene fue aprobado por la autoridad competente el 29 de noviembre de 1955 y en dicho Reglamento se autorizó expresamente a la Empresa para que en las dependencias del Departamento Médico se establecieran guardias o turnos en el Hospital de Tibú y en la Clínica de Cúcuta, se infiere necesariamente que lo establecido en el contrato de trabajo en su cláusula 3ª (Fol. 3) está en armonía con dicho Reglamento, y por lo tanto la presunción es contraria a los casos generales en el sentido de que ordinariamente, dentro de lo estipulado no tiene lugar horas extras. De acuerdo con las disposiciones del Reglamento de Higiene que he transcrito y teniendo en cuenta que el doctor Castro Arciniegas desempeñaba su profesión de médico y dadas las numerosas pruebas de proceso existe la **presunción contractual y reglamentaria** de que los médicos de la Colombian, como el doctor Castro Arciniegas prestó sus servicios extraordinarios por el sistema de guardia, ya que es contrario a lo que comúnmente sucede que un Hospital o una clínica no tenga servicios médicos en la noche o fuera de las horas ordinarias del día. En consecuencia incurrió el sentenciador en error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas relacionadas, así: Reglamento de Higiene (Fol. 27 a 72) en que establece la autorización por parte del Ministerio de Trabajo Suplementario en el personal del Departamento Médico; Contrato de Trabajo en su cláusula 3ª que establece que para cobrar el tiempo extra requiere la respectiva autorización del Superior. (Fol. 3º). Esta autorización de las guardias en servicio extra aparece claramente demostrada con los radiogramas de los folios 121 a 228. Incurrió igualmente en error manifiesto de hecho en la falta de apreciación de la circular del folio 7 ordinal c) y de la circular del folio 8º ordinal a) en que establece que el médico residente tomará la guardia a las 12 m. por cada semana del lunes al lunes de la semana siguiente, en que la dejará a la misma hora en que inició la guardia la semana anterior. Desde el punto de vista de la organización de los trabajos del Departamento Médico establecido en el Reglamento de Higiene que autoriza el trabajo suplementario, el trabajo suplementario de guardias médicas y finalmente el horario de trabajo, apunto igualmente que el sentenciador de segunda instancia incurrió en error manifiesto de hecho en la apreciación de la circular del horario ordinario de trabajo de los folios 5 y 6 de fecha 27 de junio de 1955. En efecto dicho horario se refiere de lunes a domingo inclusive en que los médicos como el doctor Florentino Castro Arciniegas están obligados a cumplir no sólo en el Hospital de Petrolea hoy Tibú, sino en la Clínica de Cúcuta, mediante la utilización del avión que demora más de tres cuartos de hora en el recorrido, según la parte que transcribo: "Sábado: P. M.: Hospital de Petrolea. El Médico de guardia en Petrolea no podrá abandonar el Hospital hasta que no llegue el doctor Castro, **quien saldrá de Cúcuta en el avión de las 10 a.m.**". Como es obvio, la jornada semanal establecida en el horario no consta el tiempo de disponibilidad en el transporte, y además, figura trabajo en los sábados en la tarde y en el día domingo, de descanso obligatorio, y por lo tanto era justo que los miércoles, jueves y viernes por la mañana no tuvieran que trabajar aunque sí en la tarde, lo cual está demostrando la errónea apreciación de las pruebas apuntadas y en especial la circular del horario que en ningún caso pueden dar margen para compensar los servicios de guardia diurna y nocturna continua que prestó el doctor Florentino Castro Arciniegas y que reclama en esta demanda". Hace luego un análisis de las circulares que obran a folios 5 a 11, de los radiogramas que aparecen a folios 121 a 228, de los testimonios de los doctores Eduardo

Pacheco Pérez y Manuel Alberto Vélez, (folios 93 y 119), y de los datos obtenidos en la inspección ocular practicada en las oficinas de la Empresa (folio 111), para tratar de demostrar que el demandante prestó servicios en horas suplementarias. Por último, refiriéndose a la relación que se encuentra a folio 26, dice que con base en ella y la declaración del Jefe del Departamento Médico (folio 101), dice que está determinado el número de horas extras trabajadas por el doctor Castro. Más si no se aceptara esta prueba hay otras, a su juicio, que demuestran la cantidad de horas supleplementarias, tales como los radiogramas ya mencionados. Con fundamento en ellos elaboró un cuadro de dichas horas discriminando la jornada suplementaria prestada fecha por fecha.

Según el opositor, los médicos de la empresa demandada quedan comprendidos dentro de las excepciones a que se refiere el artículo 162 del C. S. del T., letras a) y c) sobre jornada de trabajo. Y aún cuando así no fuera, los médicos no hacían un trabajo efectivo suplementario, pues no se puede afirmar que las horas dedicadas al sueño están comprendidas en la jornada de trabajo, y aún así, recibían amplios descansos compensatorios. Pero aún aceptando que estuvieran obligados a hacer guardias en jornadas extraordinarias, en el expediente está demostrado que el doctor Castro no sólo no hizo jornadas extraordinarias, sino que ni siquiera hizo las ordinarias a que estaba obligado. Cita el testimonio del doctor Alfredo Landínez, quien declaró que el demandante durante trece años sólo trabajó la mitad del trabajo ordinario y que recibió amplios descansos compensatorios y que a veces no dormía en el Hospital; que se limitaba a hacer una o dos consultas a la carrera y que no cumplía sus obligaciones, pues abandonaba la clínica para atender casos particulares. Agrega por último que el doctor Castro tenía que desempeñar un cargo oficial, al menos durante cuatro horas, según aparece de los documentos que obran a folios 106 y 115.

Se considera

Sobre las horas extras dijo el Tribunal: "De acuerdo con el contrato de trabajo, folio 3, la jornada ordinaria del demandante era de 8 horas diarias y de 48 horas semanales. A los folios 5 y 6 obra, en copia, el itinerario del demandante, advirtiéndose que en la prestación de su servicio no hay trabajo extraordinario, inclusive los días miércoles, jueves y viernes, am., aparecen como compensatorios. La Empresa demandada ha negado, en las 2 instancias del juicio que el doctor Castro Arciniegas trabajara horas extras durante el lapso en que prestó sus servicios. El señor apoderado del actor fundamenta la solicitud de esta condena, en el documento visible al folio 26 y en la circunstancia de que al rendir declaración el doctor Alfredo Landínez, Director del Departamento Médico, manifestó que los documentos que obran a folios 2 a 26 son auténticos en su texto. Mas si se examina dicho documento al folio 26, se observa que no aparece en él firma alguna responsable y por consiguiente, para esta Sala, no constituye la prueba que la parte actora pretende se le otorgue. Ciertamente, de autos se colige que el demandante prestó en turno señalados por el Director del Departamento Médico de la Colombian Petroleum Company, los servicios de guardia en varias ocasiones. De los testimonios de los doctores Eduardo Pacheco Pérez, folio 93, Alfredo Landínez, folio 95 Manuel Alberto Vélez, folio 119 y del señor Angel M. Arias, folio 116, lo mismo que de los radiogramas visibles a folios 121 a 228, se obtiene esa certidumbre. Dicho servicio se prestaba por una semana, por turnos como ya se expresó y consistía o consiste en la obligación del profesional médico de atender los casos urgentes a cualquier hora del día o de la noche. Precisamente el artículo 41 del Reglamento de Higiene General y Seguridad Industrial, folios 27 a 72, aprobado por la Dirección Nacional de Medicina e Higiene Industrial, del Ministerio de Trabajo, el día 29 de noviembre de 1955, expresa: "Son deberes del médico o médicos de la Compañía: "1º Acudir o responder a las llamadas de urgencia que se les hagan para un caso grave a cualquier hora del día o de la noche, si es el médico de guardia o el único en el Campo..." De la simple lectura de este artículo se refiere que ese era uno de los deberes a que estaba obli-

gado el demandante en su carácter de médico y cuando dicho servicio le correspondía por turno. De tal manera que no puede afirmarse que al cumplir con ese deber u obligación tenía derecho a que se le remuneraran horas extras, por cuanto éstas son elaboradas a opción del empleado u obrero y en el caso en estudio, ese deber, por parte del demandante, emanaba del reglamento a que se ha hecho mención. Por eso el artículo 34, numeral 1º de dicho reglamento, reza:

"**Disposiciones generales.**

"1º Todo el Personal del Departamento Médico está obligado a prestar su colaboración en casos de emergencia, aún fuera de sus horas normales de trabajo y en días de descanso, en atención a la función social de la medicina. Dichas horas extraordinarias de trabajo serán reconocidas en cuanto a la remuneración se refiere, de acuerdo con las leyes vigentes". En tal disposición sí se reconocen horas extras por cuanto se contempla la situación de que el médico preste sus servicios fuera de sus horas ordinarias de trabajo. Por eso, y como compensación al servicio de guardia, la Empresa demandada concedió días de descanso compensatorio al demandante, como se infiere del cuadro sobre récord de trabajo del demandante, folio 102, que corresponde a las tarjetas visibles a los folios 229 a 242. Durante el lapso en que prestó sus servicios como médico, el demandante recibió 625 días de descanso compensatorio, circunstancia que refleja aún más ese deber u obligación del profesional médico en el servicio de guardia en la Compañía demandada. La inspección ocular practicada por el señor Juez del conocimiento, constata, sin lugar a dudas, el hecho de que el demandante recibió descansos compensatorios y tal diligencia es plena prueba sobre el particular. Bien puede afirmarse que no obra prueba alguna sobre trabajo extraordinario elaborado por el demandante y de ahí que esta Sala considera sin basamento probatorio la petición que sobre el particular formula la parte demandante".

Como puede observarse, aun cuando el Tribunal acepta que el demandante prestó el servicio de guardia en algunas ocasiones, servicio que consistía, cuando se prestaba en Tibú, en el trabajo durante la jornada ordinaria y en atender los casos que se presentaran en la noche y fuera de las horas reglamentarias, y en Cúcuta, además de trabajar la jornada ordinaria, debía quedar en disponibilidad en su casa o donde se encontrare para atender a los enfermos que se presentaren en horas distintas de la jornada ordinaria, considera que no está demostrado el trabajo en horas suplementarias.

Ahora bien, según el testigo Eduardo Pacheco Pérez, "El servicio de guardia se presta en el hospital de Tibú durante ocho (8) días en forma continua y el médico que la desempeña se llama médico "residente". Este médico presta el servicio durante la jornada ordinaria como lo hacen los otros médicos de la Empresa en los días en que está de guardia. Además tiene que atender los casos que se presenten en la noche y fuera de las horas reglamentarias. En Cúcuta, presta sus servicios durante la jornada ordinaria de la guardia y queda en disponibilidad en su casa o donde se encuentre para atender a los enfermos que se presenten en horas distintas en la jornada ordinaria. Las órdenes de guardia se envían a Tibú en radiogramas. En Cúcuta queda una copia que se archiva en las oficinas del Departamento Médico. Como el radiograma es uno solo, ahí van también las órdenes de guardia para Cúcuta. Me consta que el doctor Castro trabajó guardias de lunes de las 6 y 30 a.m. hasta el lunes siguiente a la misma hora. Y también trabajó en guardias que comienzan a las 12 m. d. del sábado al lunes siguiente a la hora de las 6 y 30 a.m. Este trabajo de guardias era y es por turno indicados por el médico Director. Durante el período de guardias el médico come y duerme en el hospital por obligación, esto en lo que respecta a Tibú. Aquí en Cúcuta, como no hay hospital, el médico está en disponibilidad en su propia casa o avisa donde se encuentra por si se le necesita como médico. En la inspección ocular practicada en el Departamento Médico de la empresa demandada, se tomó nota de los radiogramas por medio de los cuales el Director señalaba los turnos que debían desempeñar los médicos.

Al explicar el contenido de dichos mensajes, dijo el señor Angel María Arias Ramírez, Secretario General de dicho Departamento: "la orden del radiograma dirigida a los Médicos, Laboratoristas y Odontólogos, señala los trabajos en Cúcuta y Tibú, mediante turno de horas ordinarias para todo el personal, menos para el llamado Médico de Guardia, quien fuera de trabajar también las horas ordinarias, debe permanecer disponible para prestar sus servicios en el resto de horas para las emergencias y solicitudes de servicios médicos que puedan presentarse, a trabajadores de la Compañía.

Con las pruebas anteriores se demuestra que el doctor Castro Arciniegas prestaba servicios de guardia en el hospital de Tibú y la Clínica de Cúcuta; que los turnos de guardia comenzaban el lunes de una semana a la 6 y 30 a.m. y terminaban el lunes de la siguiente semana a la misma hora; que durante dichos turnos, el médico permanecía en el hospital de Tibú después de la jornada ordinaria, y en Cúcuta quedaba en disponibilidad, después de la jornada diurna, en su propia casa, y que los servicios extraordinarios eran ordenados por el Director del Departamento Médico. Queda así acreditado el trabajo en horas extras del doctor Castro Arciniegas, por orden de la empresa demandada. Y aun cuando dicho trabajo no era continuo, durante el servicio de guardia el médico quedaba a órdenes del patrono. Sobre un caso similar dijo esta Sala: "Debe observarse que para el derecho del trabajo tiene la misma significación el servicio realmente prestado que aquel en que el empleado, sin ejecutar continuamente la labor, se halla a órdenes del patrono. En el segundo evento hay una restricción a la libertad, con la consecuencia de que el trabajador no puede ocuparse en la atención de asuntos propios ni vincularse a otros patronos, o prestar servicios autónomos o independientes. En actividades discontinuas o intermitentes es factible que la duración de la jornada alcance a 24 horas al día, esto es, el tiempo del trabajo diurno y nocturno; no lo sería, por imposibilidad física, en servicios continuos, al menos por períodos semanales. (Sentencia de 21 de marzo de 1964. Juicio seguido por Manuel García Muñoz contra "Colombian Petroleum Company").

Sentado lo anterior, claramente se observa que el Tribunal incurrió en error de hecho al no dar por demostrado que el doctor Florentino Castro Arciniegas trabajó horas suplementarias, e infringió indirectamente, a través de este error, el artículo 159 del Código Sustantivo del Trabajo, que dice que el trabajo suplementario es el que excede de la jornada ordinaria; el artículo 161 del mismo código, que establece que la jornada ordinaria no puede exceder de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, salvo las excepciones legales, y el 168 de la misma obra, que señala la forma como debe remunerarse el trabajo suplementario. Por lo tanto prospera el cargo y se casará la sentencia de segunda instancia en cuanto absuelve a la empresa demandada de la obligación de pagar el valor de las horas extras.

Cuarto cargo

"Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria, por aplicación indebida de los artículos 127, 227 y 228 del Código Sustantivo del Trabajo, y del artículo 6º del Decreto número 0118 de 1957 como consecuencia de manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas y falta de apreciación de otras. Causal 1ª del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral. A la solicitud de la demanda sobre reajuste de la cesantía conforme al salario mensual que resulte devengado, computado con él todo lo recibido por concepto de remuneración de trabajo, el sentenciador se negó a decretar dicha petición por considerar que no estaba "comprobado el trabajo extraordinario" por el demandante, queda sin fundamento la solicitud de reajuste de cesantía hecha en el libelo". Para los efectos de este cargo en lo que respecta a errores manifiestos de hecho por los cuales no dio por demostrado estándolo que se hallaba comprobado el trabajo en horas extras y como consecuencia violó indebidamente los artículos 127, 227 y 228 del Código Sustantivo del Trabajo, incluyo como pruebas no apreciadas o apreciadas erróneamente las del cargo anterior que puntualizo detenidamente".

Hace luego el recurrente operaciones aritméticas para liquidar el auxilio de cesantía con base en el salario reajustado. Finalmente señala como pruebas dejadas de apreciar las declaraciones de los médicos "Eduardo Pacheco Pérez (Fl. 93) y Manuel Alberto Vélez (Fl. 119), quienes manifiestan que en los turnos en el servicio de guardia semanal de lunes a lunes y en las de week-end de las 12 m. del sábado a las 6 y ½ a.m. del lunes siguiente el servicio del doctor Florentino Castro Arciniegas lo prestaba en forma continua; y por lo tanto, los días domingos y los feriados los trabajaba no sólo durante ocho horas, sino durante las 12 horas de los días festivos, por lo cual deben remunerarse no en forma sencilla sino doble.

Se considera

Las normas que según el recurrente fueron violadas por el Tribunal se refieren a los elementos integrantes del salario y al auxilio por enfermedad no profesional. Al omitir las que consagran el derecho al auxilio de cesantía y a la remuneración doble o al descanso compensatorio por los domingos trabajados, se quedó corto en la acusación. Por lo tanto no prospera el cargo.

Cuanto al quinto cargo, que aspira al reconocimiento de la indemnización moratoria a que se refiere el artículo 65 del C. S. T., por ser consecuencia de la decisión recaída a las súplicas de pago de horas extras, se examinará en fallo de instancia. No se estudia el segundo cargo, por perseguir fines idénticos al tercero, que prosperó.

Fallo de instancia

En relación con la jornada ordinaria, en el contrato de trabajo, cuyo copia aparece a folio 3 del primer cuaderno, el demandante se obligó a prestar sus servicios durante ocho horas diarias o 48 horas semanales, o sea que se pactó la jornada máxima legal y sobre ella se liquidarán las horas suplementarias. Cuanto al horario, dice el doctor Eduardo Pacheco Pérez que el turno de guardia comenzaba a las 6 y 30 a. m. del lunes y terminaba a la misma hora del lunes de la semana siguiente. Descontando dos horas para el almuerzo, y una para el desayuno, se concluye que la jornada ordinaria terminaba a las 5 y 30 p. m. Razonablemente se pueden deducir dos horas para la comida, de 7 a 9 p. m. o sea que de un total de 24 horas el demandante trabajó, deduciendo las ocho horas de la jornada ordinaria y las cinco necesarias para tomar la alimentación, un total de once horas suplementarias diarias, de las cuales 10 fueron nocturnas, las comprendidas entre las 6 y 7 p. m. y entre las 9 p. m. y las 6 a. m., y una hora diurna, la trabajada entre las 6 a. m. y las 6 y 30 a. m., y las 5 y 30 p. m. y las 6 p. m. Cuanto a los turnos llamados de "Week-end" el demandante los iniciaba a las 12 m. del sábado; descontando 4 horas de la jornada ordinaria y dos para el almuerzo, se saca en conclusión que las horas suplementarias comenzaban a las 6 p. m. Deduciendo 2 horas para la comida, se obtiene 10 horas extras nocturnas hasta las 6 a. m. del domingo. De esta hora hasta las 6 y 30 a. m. del lunes, hay que deducir ocho horas de la jornada ordinaria, 1 hora para el desayuno y dos para el almuerzo, o sea una hora extra diurna, y deduciendo 2 horas para la comida, se obtiene 10 horas nocturnas y media hora más diurna, la comprendida entre las 6 a. m. y las 6 y 30 a. m. Es decir, que en los turnos de Week-end trabajó 20 horas extras nocturnas y una hora y media extra diurna.

Para determinar el número de veces en que el demandante prestó servicios de guardia, se tendrá en cuenta el que resulte de los radiogramas cuyas copias se tomaron en la inspección ocular. El documento que obra a folio 26 y que según el recurrente contiene las horas extras trabajadas, no presta mérito probatorio, pues se trata de una relación hecha por el propio demandante, y que no pudo ser reconocido como auténtico por el doctor Landínez, por no haberlo él firmado ni elaborado. Los turnos servidos por el actor, según los mencionados radiogramas, son los siguientes:

EN EL HOSPITAL DE TIBU
GUARDIA ORDINARIA

1956

a) Del 3 de diciembre al 10 de diciembre ..... 7 días

1958

b) Del 11 al 18 de agosto ..... 7 días

14 días

EN LA CLINICA DE CUCUTA
GUARDIA ORDINARIA

1956

c) Del 24 de septiembre al 1º de octubre ..... 7 días

1957

d) Del 21 al 28 de enero ..... 7 días
e) Del 4 al 11 de marzo ..... 7 "
f) Del 8 al 15 de abril ..... 7 "
g) Del 4 al 11 de noviembre ... 7 "

1958

h) Del 29 de marzo al 5 de abril 7 días
i) Del 25 de agosto al 1º de septiembre ..... 7 "
j) Del 20 al 27 de octubre ..... 7 "
k) Del 22 al 29 de noviembre .. 7 "

63 días

Son en total 77 días.

EN EL HOSPITAL DE TIBU
GUARDIA WEEK-END

1956

l) Del 8 al 13 de agosto ..... 1 Turno
ll) Del 20 al 27 de agosto ... 1 "
m) Del 27 de agosto al 3 de septiembre ..... 1 "
n) Del 10 al 17 de septiembre 1 "
ñ) Del 10 al 17 de diciembre 1 "

1957

o) Del 11 al 18 de febrero ... 1 Turno
p) Del 18 al 25 de febrero .. 1 "
q) Del 18 al 25 de marzo .... 1 "
r) Del 25 de marzo al 1º de abril ..... 1 "
s) Del 1º al 8 de julio ..... 1 "
t) Del 28 de octubre al 4 de noviembre ..... 1 "
u) Del 25 de noviembre al 2 de diciembre ..... 1 "

1958

v) Del 13 al 20 de enero ..... 1 Turno
x) Del 20 al 27 de enero ..... 1 "
y) Del 27 de enero al 3 de febrero ..... 1 "
z) Del 3 al 10 de marzo ..... 1 "
Del 14 al 21 de abril ..... 1 "
Del 21 al 28 de abril ..... 1 "
Del 5 al 12 de mayo ..... 1 "
Del 12 al 19 de mayo ..... 2 "
Del 2 al 9 de junio ..... 1 "
Del 28 de julio al 4 de agosto 1 "
Del 18 al 25 de agosto ..... 1 "
Del 15 al 22 de septiembre .. 1 "
Del 22 al 29 de septiembre .. 1 "
Del 29 de septiembre al 6 de octubre ..... 1 "
Del 10 al 17 de noviembre ... 1 "

27 turnos

De lo anterior se concluye que habiendo prestado servicios de guardia ordinaria, o sea de lunes a lunes, durante 77 días laboró un total de 847 horas extras, 770 nocturnas y 77 diurnas. Siendo 27 los turnos "de Week-end", por este servicio laboró 380 y media horas extras, 340 nocturnas y 40 horas y media diurnas. Según la inspección ocular, folio 243, el actor devengó los siguientes salarios; en octubre 1º de 1955 a enero 1º de 1957 $ 1.690.00; del 1º de febrero de 1957 al 30 de junio del mismo año $ 1.860.00; del 1º de julio de 1957 al 30 de septiembre del mismo año $ 1.960.00; de octubre 1º de 1957 al 31 de diciembre del mismo año $ 2.100.00; y de enero 1º de 1958 hasta la fecha de su retiro $ 2.350.00. Con base en la cuantía de las asignaciones anotadas y tomando en cuenta lo dispuesto por el Art. 168 del Código Sustantivo del Trabajo el valor del trabajo suplementario a que tiene derecho el demandante, hechas las correspondientes operaciones aritméticas asciende a la suma de veinte mil novecientos cincuenta y nueve pesos con noventa y siete centavos ($ 20.959.97).

Argumenta el opositor que el demandante prestó sus servicios en el Centro Epidemiológico de Cúcuta, en jornada de cuatro horas diarias. En realidad, a folio 106 del primer cuaderno aparece una comunicación del Médico Jefe del Dispensario Antituber-

culoso y Hospital Sanatorio Amelia, en la cual informa que el doctor Florentino Castro Arciniegas desempeñó el cargo de médico ayudante de dicho dispensario desde el 12 de junio de 1950 hasta el 31 de enero de 1952, y de Médico Director a partir del 1º de febrero de 1952 hasta el 31 de diciembre de 1957. Ahora bien, durante el tiempo que prestaba servicios de guardia en Tibú, era imposible físisamente que atendiera sus obligaciones en el cargo oficial a que se ha hecho referencia. En lo relativo al servicio de guardia en Cúcuta, no demostró la empresa que el doctor Castro dejara de trabajar por atender sus obligaciones oficiales, y si tal hizo tuvo el asentimiento o al menos la tolerancia del patrono, pues de lo contrario habría considerado la actividad del demandante violatoria de sus obligaciones contractuales y motivo suficiente para dar por terminado el contrato de trabajo. Sostiene también el opositor que en caso de que el demandante hubiese trabajado en horas extras, tal servicio le fue compensado con días de descanso y que aún aceptando que no recibió descansos compensatorios remunerados, el doctor Castro no cumplía ni siquiera la jornada ordinaria. Agrega que el demandante, por su calidad de médico, queda comprendido dentro de las excepciones a que se refieren las letras a) y c) del artículo 162 del C. S. del T. Como esta Sala se refirió a los anteriores argumentos en la sentencia citada, se transcribirá lo que allí se dijo: "Al respecto la Sala observa que, de acuerdo con los Arts. 179 a 182 del Código del Trabajo, dos son las formas de remuneración del descanso en dominicales y festivos: la de su pago en dinero, o la de la concesión del descanso en otro día de la semana. De esas formas, la primera es la única prevista por el legislador para retribuir el trabajo suplementario, conforme al Art. 168 ibídem. 3. Tampoco es igual el sistema de remuneración en las dos modalidades. Para retribuir el descanso en los días en que es legalmente obligatorio, se toma en cuenta el salario (artículos 174 y 176 de la misma obra); en cambio, el trabajo en horas extras se remunera con un porcentaje sobre el valor del salario diurno, cuya rata varía según se trata de trabajo extra-diurno o extra-nocturno de acuerdo con el citado artículo 168. Bastan las diferencias anotadas para concluir que no son idénticas las dos instituciones. Aún admitiendo que la actividad del demandante era discontinua o intermitente, la jornada convenida por las partes en la cláusula segunda del contrato de trabajo (Fl. 4) fue la máxima legal de 8 horas al día y 48 a la semana, habiendo previsto la cláusula cuarta la retribución del trabajo suplementario, previa exigencia por escrito del patrono. Si bien la jornada máxima legal para trabajos de la clase indicada es hasta de 12 horas al día (Art. 161, literal b del C. S. T.), sin límite de tiempo cuando el servido se presta en el sitio de labores (Art. 162, literal c- ibídem), ello no impide que las partes prescindan de la regulación de la ley señalando una jornada inferior, que fue lo ocurrido en el caso de autos, por lo cual, la que exceda de la pactada es trabajo suplementario, de acuerdo con lo prescrito por los artículos 158 y 159 de la misma obra. Por lo demás, es bien sabido que, conforme el artículo 13 del Código en cita, sus disposiciones contiene el mínimo derecho y garantías en favor de los trabajadores, por lo que las partes, en uso de la libertad contractual, tienen facultad para rebasarlas en beneficio de aquéllos".

Además, la misma empresa reconoce que los médicos que le prestan sus servicios no están exceptuados de la jornada ordinaria, pues en el artículo 34 del Reglamento de Higiene General y Seguridad Industrial (folio 27), se establece que las horas extraordinarias trabajadas por el personal del departamento serán remuneradas de acuerdo con las leyes vigentes.

Al contestar el hecho 15 de la demanda manifestó el apoderado de la empresa demandada: "Nada se le debía por horas extras, pero alego la cláusula tercera del contrato y la prescripción de lo prescrito". Considerando que el demandado propuso la excepción de prescripción al contratar este hecho, ella no prospera, por cuanto la demanda fue notificada el 17 de abril de 1959, o sea que estarían prescritas las acciones para demandar las horas extras trabajadas con anterioridad al 17 de abril de 1956. Mas como puede verse en la relación de las horas extras que la Sala consideró como pro-

badas, todas ellas fueron trabajadas con posterioridad a esa fecha.

En relación con la indemnización moratoria a que se refiere el Art. 65 del C. S. T., la Sala considera que la empresa demandada no se ha hecho acreedora a ella, pues consideró de buena fe que las horas extras trabajadas podían compensarse con descansos dados al trabajador, como en efecto lo hizo, pues éste recibió el descanso compensatorio en cantidad superior a los que tenía derecho. En consecuencia se absolverá a Colombian Petroleum Company de esta petición de la demanda.

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 la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Pamplona, y en función de instancia revoca el fallo de primer grado pronunciado por el Juez del Trabajo de Cúcuta y en su lugar Resuelve: Primero. Condénase a la Colombian Petroleum Company, con domicilio en Cúcuta, a pagar a Florentino Castro Arciniegas la suma de veinte mil novecientos cincuenta y nueve pesos, noventa y siete centavos ($ 20.959.97) por concepto de horas suplementarias trabajadas, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Segundo. Absuélvese a la Colombian Petroleum Company de las demás peticiones de la demanda.

Costas del juicio en un 50% a cargo de la parte demandada.

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.

EXCEPCION PERENTORIA DE COMPENSACION EN FAVOR DE LA SOCIEDAD DEMANDADA

Proposición y decisión de excepciones. — Interpretación correcta que debe darse al Art. 32 del CPL. — La ley procesal según el criterio del Art. 472 del C. J. — Poderes del Juez en el adelantamiento del proceso y obligación de las partes de demostrar sus respectivas pretensiones. — Formas y libertad de estipulación. Prueba de las obligaciones.

1. En sentencia del 16 de diciembre de 1959 (G. J., T. XCI, Pág. 1222), dijo esta Sala de la Corte que, de acuerdo con reiteradas doctrinas del Tribunal Supremo, reafirmaba el concepto de que "la interpretación correcta que debe darse al Art. 32 del Código de Procedimiento del Trabajo es la de que, tratándose de excepciones perentorias, debe aplicarse al principio consagrado en el Art. 341 del Código Judicial y que, en consecuencia, como regla general dentro del proceso laboral, estas excepciones pueden proponerse en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, pero teniendo en cuenta, al propio tiempo, que el Art. 32 del citado Código no impide estimar, por extemporáneas, las excepciones perentorias que resulten justificadas y demostradas en el curso del juicio, salvo la de prescripción, que debe siempre proponerse o alegarse. Respecto de esta última, estima la Sala que si ella no se propone en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, puede alegarse por el interesado en cualquiera instancia del juicio".

2. Objeto del proceso contencioso no es una decisión cualquiera, sino la justa composición de la litis, esto es, la que mejor consulte los dictados de la justicia. Fin de la jurisdicción y, por tanto, de la sentencia que la agota, es la tutela de los intereses en conflicto; debe otorgar, por consiguiente, igual protección a ambos litigantes. Con este sentido es necesario interpretar la ley procesal, tanto la simplemente instrumental, como la que conceda derechos o facultades a todos los sujetos del litigio (juez y partes). Tal es el criterio que señala el Art. 472 del C. J., aplicable a todo tipo de proceso.

3. Si en el juicio laboral aparece establecido un hecho que demuestre la existencia de una excepción perentoria, no puede el juez cerrar los ojos a esa realidad y condenar al reo a que satisfaga la obligación cuyo cumplimiento exige el demandante, fundado en la consideración de que aquél no propuso la excepción. Una resolución en tal sentido se ajustaría sin duda, a la exigencia formal de que trata el Art. 32 del C. P. L., pero sería opuesta a la esencia del derecho, que debe ser lo prevalente en toda decisión jurisdiccional.

En el proceso civil que estructura el Código Judicial, predomina el principio dispositivo; en éste, como es sabido, el poder de las partes se convierte en cargas, y por tal motivo se prohibe al juez reemplazar la voluntad de ellas por la suya propia. Sin embargo, creyó el legislador oportuno expedir el mandato del Art. 343, en donde se advierte una clara sustitución de la voluntad del demandado. Si así ocurre, en dicho proceso, no puede ser distinta la solución en el de trabajo, de tipo inquisitorio, el cual persigue, ante todo, el establecimiento de la verdad real. Que ésta es la orientación dominante en el proceso laboral, lo demuestran, entre otras normas, las contenidas en

los Arts. 48 y 54 del C. P. L. No es que desaparezca en esa forma procesal el poder de disposición de los litigantes, pero al menos sus facultades, en cuanto a la instrucción probatoria, no asumen la calidad de cargas exclusivas hasta el extremo que sean ellos únicamente los encargados de llevarle al juez la totalidad del material de conocimiento. Corresponde a las partes, principalmente, demostrar sus respectivas pretensiones, pero el juez tiene el deber de cooperar en la investigación de los hechos, si la actividad de aquéllas resulta deficiente o incompleta.

Como bien lo observa Carnelutti, "ni el principio dispositivo ni el inquisitorio tienden a guiar el proceso hacia finalidad diversa, sino que siguen vías distintas para llegar a la misma meta. Conviene especialmente repetir hasta la saciedad que el principio dispositivo no se explica como una dirección del proceso al servicio de la utilidad particular de las partes, sino, por el contrario, sólo como un medio apto para obtener del interés en litigio el mayor rendimiento en cuanto a su justa composición". (Sistema de Derecho Procesal Civil. T. II., pág. 106).

4. Una cosa es la estimación de la prueba y otra su mérito; es obvio que si el documento aducido en una inspección ocular en proceso civil o del trabajo, no proviene de la parte a quien se opone, sino de la contraria, carece de todo valor. Es bien sabido que una de las fuentes de las obligaciones es el concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos (Art. 1494 del C. C.), y en los documentos de que se trata sólo aparece la declaración del demandante. En cuanto al salario, la ley faculta al trabajador y al patrono para convenirlo libremente en sus diversas modalidades (Art. 132 del CST), salvo las excepciones que establece el precepto, sin incidencia en la cuestión debatida. La estipulación al respecto requiere, pues, acuerdo contractual, esto es, un acto jurídico bilateral. El principio expuesto sólo tiene una excepción, la del Art. 144 del Código Laboral, que en el asunto litigioso no hay para qué tomar en consideración. Por último, rige también en el derecho del trabajo, la doctrina consagrada en el Art. 1757 del C. C. relativa a la distribución de la carga de la prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., treinta de julio 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, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario laboral seguido por Ricardo Fernández contra la sociedad de responsabilidad limitada denominada "Expreso Suroeste".

Afirma la demanda en sus fundamentos de hecho que Fernández le prestó servicios a la sociedad entre el 1º de julio de 1957 y el 10 de mayo de 1960, como su administrador en el Municipio de Quibdó, habiendo devengado una asignación de $ 1.000.00 mensuales; que laboró en forma continua, no sólo en días hábiles, sino también en domingos y feriados nacionales y religiosos, sin habérsele concedido descanso compensatorio ni la correspondiente sobrerremuneración; que se retiró voluntariamente del servicio y el patrono no le pagó las prestaciones causadas.

Solicita, en consecuencia, que la sociedad sea condenada a pagarle las sumas que resulten probadas por estos conceptos: cesantía, vacaciones, primas de servicio, remuneración por trabajo en días feriados, la indemnización por mora y costas del juicio.

La respuesta a la demanda dice que el actor trabajó con la empresa demandada, mediante remuneración, en dos períodos de tiempo distintos, como empleado de confianza, sin obligación de prestar servicio en jornada suplementaria; y que al retirarse le fueron pagadas sus prestaciones con exceso. Se opone a las pretensiones del demandante y como excepciones perentorias adujo las de pago, carencia de acción, inepta demanda, prescripción y la genérica del Art. 329 del C. J.

Seguido el juicio de acuerdo con el trámite de rigor, lo decidió en primera instancia el Juzgado 4º del Trabajo de Medellín. La sentencia respectiva condena a la sociedad

a pagar al actor lo siguiente: $ 2.500.00 por cesantía; $ 1.000.00 por vacaciones; $ 2.287.29 por primas de servicio; y $ 4.338.84 como remuneración por trabajo en días festivos. Declara probada la excepción de pago hasta la suma de $ 1.846.36 y prescrita la obligación de cubrir la remuneración por trabajo en domingos y festivos tanto religiosos como civiles anteriores al 16 de mayo de 1958. Se abstuvo de la condena en costas.

Apelaron ambas partes. La sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, resolvió el recurso de alzada en estos términos: condenó a la compañía a pagar al actor: $ 2.000.00 por cesantía; $ 800.00 por vacaciones; y $ 1.884.44 por primas de servicio, absolviéndola de los demás cargos. Declara probada la excepción de pago hasta la cantidad de $ 1.846.36, que ordena deducir de los valores anteriores, y no establecidas las demás excepciones propuestas por la sociedad demandada. No hizo condena en costas.

La demanda de casación

Invoca la causal primera y con fundamento en ella formula un solo cargo. Persigue éste la quiebra parcial de la sentencia del ad-quem en cuanto a las condenas que contiene y la revocatoria del fallo de primer grado en igual sentido, a efecto de que la Corte, en decisión de instancia, declare compensadas las obligaciones de que trata el fallo impugnado, y absuelva a "Expreso Suroeste Limitada" de todas las súplicas de la demanda inicial.

Acusa violación del Art. 32 del CPL., por interpretación errónea e infracción consecuencial, por aplicación indebida, de los Arts. 341 y 343 del C. J. y 1714 del C. C., que dejó de aplicar, y de los Arts. 186, 189, 249, 253 y 306 del CST., que aplicó para producir condenas por obligaciones extinguidas.

Sostiene el recurrente que el único motivo aducido por el Tribunal para no efectuar la compensación fue el de no haberse propuesto la excepción correspondiente, lo cual significa que interpretó erróneamente el Art. 32 del CPL., porque exige, para declarar probada una excepción perentoria, que se haya propuesto por el demandado, cuando la citada norma debe entenderse en el sentido de que establecido el hecho constitutivo de una excepción de tal clase, el Juez tiene que declararla aunque no hubiese sido propuesta ni alegada, salvo la de prescripción. Por la razón expuesta, la sentencia no declaró probada la compensación que encontró demostrada entre los créditos del patrono y los del trabajador, como si la precitada disposición impidiera reconocerla.

"La interpretación errónea anotada —prosigue el acusador— hizo que se dejaran de aplicar las reglas de los Arts. 341 y 343 del C. J., que indican cómo debe proceder el Juez cuando encuentra demostrados los hechos que constituyen una excepción perentoria no propuesta ni alegada. Hubo, pues, indebida aplicación, por falta de aplicación, de las normas citadas, las cuales son pertinentes de acuerdo con el Art. 145 del Código de procedimiento del trabajo.

"Las violaciones anteriores llevaron a la falta de aplicación del Art. 1714 del C. C., que señala como un modo de extinguirse las obligaciones, la compensación.

"También resultó de todo lo anterior la indebida aplicación de los Arts. 186, 189, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, porque se produjeron las condenaciones por cesantía, vacaciones y primas de servicios con base en tales normas, cuando esas obligaciones quedaron extinguidas por la compensación.

"Si el sentenciador hubiera interpretado correctamente el Art. 32 del Código de Procedimiento del Trabajo, habría dado aplicación a los Arts. 341 y 343 del C. J. y al encontrar demostradas como las encontró, las deudas del trabajador para con el patrono, habría declarado la excepción de compensación y habría absuelto de manera total a la parte demandada, pues en aplicación del Art. 1714 del C. C. habría encontrado extinguidas las obligaciones por las cuales condenó".

En apoyo de su tesis cita el recurrente una doctrina de la Corte, contenida en sentencia de diciembre de 1959, según la cual son aplicables en el juicio laboral los Arts. 341 y 343 del C. J.

Consideraciones de la Corte:

1. Es cierto que en el juicio, como lo anota el Tribunal, no propuso la sociedad la excep-

ción de compensación dentro de la oportunidad que señala el Art. 32 del C. P. L., pero es hecho demostrado, como lo admite la sentencia, la existencia de un crédito a su favor por $ 1.588.36, cuyo origen fue el préstamo que hizo al trabajador para la adquisición de una vivienda. Cuando en el juicio se presenta una situación como la descrita, no puede interpretarse aisladamente el Art. 32 del CPL., sino en armonía con el 343 del C. J., por lo cual, el Juez tiene el deber de proceder conforme a este ordenamiento. Tal es la doctrina recibida por la casación del trabajo. En efecto, en sentencia del 16 de diciembre de 1959 (G. J., T. XCI, p. 1222), dijo esta Sala de la Corte que, de acuerdo con reiteradas doctrinas del Tribunal Supremo, reafirmaba el concepto de que "la interpretación correcta que debe darse al Art. 32 del Código de Procedimiento del Trabajo, es la de que, tratándose de excepciones perentorias, debe aplicarse al principio consignado en el Art. 341 del Código Judicial y que, en consecuencia, como regla general dentro del proceso laboral, estas excepciones pueden proponerse en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, pero teniendo en cuenta, al propio tiempo, que el Art. 32 del citado Código no impide estimar, por extemporáneas, las excepciones perentorias que resulten justificadas y demostradas en el curso del juicio, salvo la de prescripción, que debe siempre proponerse o alegarse. Respecto de ésta última, estima la Sala que si ella no se propone en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, puede alegarse por el interesado en cualquiera instancia del juicio".

2. Por haber fijado su atención el Tribunal en el Art. 32 del CPL. únicamente, incurrió en el error de juicio que le atribuye el recurrente, y en quebranto de las demás disposiciones legales que el cargo cita. Es indudable que sin tal error, habría reconocido el crédito por $ 1.588.36 en favor del patrono, declarando probada hasta ese límite la correspondiente excepción de compensación.

Considera la Sala conveniente precisar los fundamentos de la doctrina de que se ha hecho mérito, aunque sea de manera breve.

La defensa del reo mediante excepciones perentorias, es punto que regulan de manera distinta los Códigos de Procedimiento Civil y del Trabajo. Aquél señala dos momentos procesales para hacer valer la excepción, a saber: la contestación de la demanda y cualquiera de las instancias del jucio antes de que se halle en estado de recibir sentencia (Art. 341); el de trabajo suprime la fase de alegaciones establecida en el citado precepto, limitando las facultades del demandado a la proposición de las excepciones, que debe ejercitar en la respuesta a la demanda o en la primera audiencia de trámite (Art. 32).

Se explica la restricción como consecuencia del principio de concentración, propio de la oralidad, consagrada en el estatuto de procedimiento laboral; que es esa la finalidad del precepto lo comprueban los Arts. 25 y 31 que con él guardan íntima relación. Quiere el legislador que en las piezas preliminares del proceso (demanda y respuesta) y en todo caso antes de iniciar la instrucción (primera audiencia de trámite), las partes concreten sus pretensiones y defensas, para que el juicio siga su curso en un plano de igualdad, impidiendo así toda posible deslealtad de cualquiera de los litigantes.

Otro aspecto sobre el cual guarda silencio la ley procesal del trabajo es el previsto por el Art. 343 del C. J., según el cual, si en el juicio aparecen demostrados los hechos constitutivos de una excepción perentoria que el demandado no haya propuesto ni alegado, el Juez debe declararla de oficio, salvo la de prescripción. No sobra anotar que el mandato no establece una regla simplemente discrecional, sino de imperativo cumplimiento.

Si en el proceso oral es cardinal la concentración probatoria, a efecto de que la prueba se recoja en el menor número posible de audiencias y el Juez se halle en condiciones de decidir el pleito a la mayor brevedad, cabría hacer el reparo de que se rompe el principio de igualdad, porque se permite que el fallador supla la inactividad del demandado declarando probadas excepciones de fondo que no propuso ni alegó. En este orden de ideas también podría decirse que al haber suprimido el estatuto procesal

del trabajo la defensa por vía de alegación de la excepción, reguló íntegramente la materia por medios de los Arts. 31 y 32, por lo cual no es dable acudir a su Art. 145 para aplicar por analogía los Arts. 341 y 343 del C. J. No estima la Sala valederas las objeciones por las consideraciones que pasa a exponer:

Objeto del proceso contencioso no es una decisión cualquiera, sino la justa composición de la litis, esto es, la que mejor consulte los dictados de la justicia. Fin de la jurisdicción y, por tanto, de la sentencia que la agota, es la tutela de los intereses en conflicto; debe otorgar, por consiguiente, igual protección, a ambos litigantes. Con este sentido es necesario interpretar la ley procesal tanto la simplemente instrumental, como la que conceda derechos o facultades a todos los sujetos del litigio (juez y partes). Tal es el criterio que señala el Art. 472 del C. J., aplicable a todo tipo de proceso.

Ahora bien: si en el juicio laboral aparece establecido un hecho que demuestre la existencia de una excepción perentoria, no puede el Juez cerrar los ojos a esa realidad y condenar al reo a que satisfaga la obligación cuyo cumplimiento exige el demandante, fundado en la consideración de que aquél no propuso la excepción. Una resolución en tal sentido se ajustaría sin duda, a la exigencia formal de que trata el Art. 32 del CPL., pero sería opuesta a la esencia del derecho, que debe ser lo prevalente en toda decisión jurisdiccional.

En el proceso civil que estructura el Código Judicial, predomina el principio dispositivo; en éste, como es sabido, el poder de las partes se convierte en cargas, y por tal motivo se prohibe al Juez reemplazar la voluntad de ellas por la suya propia. Sin embargo, creyó el legislador oportuno expedir el mandato del Art. 343, en donde se advierte una clara sustitución de la voluntad del demandado. Si así ocurre en dicho proceso, no puede ser distinta la solución en el de trabajo, de tipo inquisitorio, el cual persigue, ante todo, el establecimiento de la verdad real. Que esta es la orientación dominante en el proceso laboral, lo demuestran, entre otras normas, las contenidas en los Arts. 48 y 54 del CPL. No es que desaparezca en esa forma procesal el poder de disposición de los litigantes, pero al menos sus facultades, en cuanto a la instrucción probatoria, no asume la calidad de cargas exclusivas hasta el extremo que sean ellos únicamente los encargados de llevarle al Juez la totalidad del material de conocimiento. Corresponde a las partes, principalmente, demostrar sus respectivas pretensiones, pero el juez tiene el deber de cooperar en la investigación de los hechos, si la actividad de aquéllas resulta deficiente o incompleta.

Como bien lo observa Carnelutti, "ni el principio dispositivo ni el inquisitorio tienden a guiar el proceso hacia finalidad diversa, sino que siguen vías distintas para llegar a la misma meta. Conviene especialmente repetir hasta la saciedad que el principio dispositivo no se explica como una dirección del proceso al servicio de la utilidad particular de las partes, sino, por el contrario, sólo como un medio apto para obtener del interés en litigio el mayor rendimiento en cuanto a su justa composición". (Sistema de Derecho Procesal Civil. T II, p. 106).

Se concluye de todo lo expuesto que el cargo prospera, pero sólo en cuanto la sentencia impugnada no declaró probada la excepción de compensación hasta la suma de $ 1.588.36, valor del crédito patronal que halló demostrado en el juicio.

Pretende el recurrente que la Corte, en la resolución de instancia, ordena deducir también de las deudas laborales, otros dos créditos en favor de la sociedad, y declare en consecuencia probada respecto de ellos, la excepción de compensación. Esos créditos son los siguientes: uno por $ 453.33, proveniente de lo cobrado en exceso por el demandante a título de salario durante el mes de abril de 1960; y otro por $ 1.400.00, valor de la diferencia en siete meses entre el salario de $ 1.000.00 mensuales, recibido por el actor, y el de $ 800.00, que era el que le correspondía. Anota que Fernández Londoño reconoció la existencia del primer crédito en su confesión provocada y el segundo en dicha confesión y en los documentos exhibidos por él en la inspección ocular; que las deudas a su cargo, sumada a la de $ 1.588.36, que halló demostrada el Tribunal, arrojan la cantidad de $ 3.446.90, superior al saldo de lo debido por el patrono.

La compensación, en concepto de la Sala, no puede tener la exención que le atribuye el acusador, por estas razones:

Al estudiar al fallo de primera instancia el punto relativo a la cuantía del salario, dice que hay discrepancia entre el de $ 800.00, al mes que acepta la sociedad en las posiciones absueltas por su representante, y el de $ 1.000.00 que registran las copias de las planillas presentadas por el actor en la diligencia de inspección ocular; que aunque el apoderado de la compañía se opuso a la incorporación al juicio de los documentos, deben ser estimados como prueba conforme a lo dispuesto por el Art. 597 del C. J., en relación con el 145 del CPL., porque no fueron tachados ni redargüidos de falsos por el patrono y, en consecuencia, que era del caso aceptar como cuantía de la remuneración la de $ 1.000.00 mensuales.

No compartió el Tribunal la anterior conclusión. Expone al efecto: si bien el actor se estuvo atribuyendo un sueldo de $ 1.000.00 así ocurrió contra la voluntad de la compañía, la cual le había fijado de común acuerdo con él, en la última etapa de servicios, una remuneración de $ 800.00 mensuales. "Y ante esta afirmación, muy verosímil, si se considera que Fernández Londoño desempeña un puesto de confianza y de manejo, éste ha debido exhibir, para desvirtuarla y sacar avante la suya una prueba más convincente de la que se acaba de anotar".

Nada tendría que objetar la Sala a la estimación probatoria de la sentencia de primer grado, si los comprobantes los hubiera presentado en la inspección ocular la compañía, o hubieran tenido su aceptación, y si, además, no los rechaza su personero. En vista de que en la diligencia de inspección los documentos fueron exhibidos por el actor, de quien emanen, y no por el patrono, la Sala halla más acertada y acorde con los principios de la sana crítica, la apreciación que de los documentos hace el Tribunal. Una cosa es la estimación de la prueba y otra su mérito; es obvio que si el documento aducido en una inspección ocular en proceso civil o del trabajo, no proviene de la parte a quien se opone, sino de la contraria, carece de todo valor. Es bien sabido que una de las fuentes de las obligaciones es el concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos (Art. 1494 del C. C.), y en los documentos de que se trata sólo aparece la declaración del demandante. En cuanto al salario, la ley faculta al trabajador y al patrono para convenirlo libremente en sus diversas modalidades (Art. 132 del CST), salvo las excepciones que establece el precepto, sin incidencia en la cuestión debatida. La estipulación al respecto requiere, pues, acuerdo contractual, esto es, un acto jurídico bilateral. El principio expuesto sólo tiene una excepción, la del Art. 144 del Código Laboral, que en el asunto litigioso no hay para qué tomar en consideración. Por último, rige también en el derecho del trabajo, la doctrina consagrada en el Art. 1757 del C. C. relativa a la distribución de la carga de la prueba. Basta lo dicho para adherir a la tesis que sustenta el Tribunal.

De las pruebas aportadas al juicio aparece lo siguiente:

Afirma el actor en la demanda inicial (hecho 1º) que el salario devengado durante la vigencia del contrato fue el de $ 1.000.00 al mes, hecho no aceptado por el patrono en la respuesta a dicha pieza. Frente a esa negativa, le correspondía al demandante la carga de la prueba. Para satisfacer esta exigencia adujo al juicio; los comprobantes ya citados (Fls. 31, 43, 54, 57, 66, 79 y 91) que, como se ha visto, carecen de valor, y la confesión rendida en el juicio por el representante de la sociedad, según la cual, la remuneración convenida con el demandante fue la de $ 800.00 al mes. Hay discrepancia entre lo que afirma la demanda y lo que pregonan los documentos: aquélla habla de salario devengado, y éstos de salario recibido. Así las cosas, como salario devengado y percibido, forzoso es aceptar el que emana de la confesión provocada del patrono. Si los documentos, por las razones antes expuestas, no ofrecen mérito probatorio, queda, como único elemento de juicio sobre cuantía de la retribución, el que proviene de la confesión de la parte obligada a satisfacerla. No sobra advertir que en el proceso no hay prueba que demuestre la aceptación por el patrono de la asignación que en los comprobantes se atribuye el trabajador, y de otra, que la intención de éste al presentarlos al juicio no fue la de que se

dedujera a su cargo obligación alguna, por ningún concepto, sino la de que se tuviera como salario básico para liquidar sus prestaciones el de $ 1.000.00 mensuales. Por tanto, no se le puede dar a los documentos el alcance que les atribuye el recurrente.

En relación con el crédito por $ 453.33, es cierto que el demandante admite en posiciones (respuesta a la pregunta segunda) haber recibido todo el sueldo del mes de abril de 1960, y a la vez el hecho de que entregó la oficina a su sucesor el día 13 de los mismos mes y año; pero manifiesta que por convenio con uno de los socios de la compañía, la entrega la haría a fines del mes en referencia, habiéndose visto en la necesidad de hacerlo antes por haberse hecho presente, enviado por la empresa, el empleado que debía sucederlo. Por tales razones —dice— se creyó con derecho a todo el sueldo del mes de abril. Como se ve, no hay aceptación lisa y llana de la deuda, como lo sostiene el acusador.

Fallo de instancia

La jurisprudencia del trabajo tiene recibida la doctrina de que es procedente la compensación de deudas entre trabajador y patrono, expirado el vínculo laboral, de acuerdo con las normas pertinentes del Código Civil, si las contraídas en favor del empleador nacen a la vida legal durante la vigencia del contrato y tienen su origen en éste. En efecto, en posiciones (respuesta a la pregunta tercera) confiesa el demandante una deuda a su cargo y a favor del patrono por la suma de $ 1.588.36, y en la contestación a la pregunta duodécima, que la obligación proviene de sumas entregadas a su esposa para la construcción de una casita, recibidas a título de préstamo. Reconoce el deudor la exigibilidad y liquidez del crédito en referencia, de manera que se llenan todas las condiciones para concluir que, por ministerio de la ley, se ha operado entre dicho crédito y las deudas laborales, el fenómeno de la compensación.

Por lo demás, no niega la sentencia la pertinencia del medio defensivo, y si no lo reconoce fue por haber considerado que era necesario que la sociedad lo hubiera propuesto como excepción.

Los créditos laborales que por cesantía, vacaciones y primas de servicio ordena pagar la sentencia recurrida, dan un total de $ 4.684.44; de esta suma la sentencia dispone deducir la de $ 1.846.36, valor de la consignación hecha por la sociedad para el pago de las prestaciones sociales a su cargo. La diferencia entre las dos cifras es la cantidad de $ 2.838.08.

Del saldo anterior hay que deducir la cantidad de $ 1.588.36, valor del crédito por este fallo se reconoce en favor del patrono. Hecho el descuento, el crédito laboral queda reducido a la cantidad de $ 1.249.72. La compensación opera, pues, hasta el límite de la deuda a cargo del trabajador.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida en cuanto condena a la sociedad al pago del saldo de las obligaciones a su cargo por cesantía, vacaciones y primas de servicio, las cuales ascienden a la suma de $ 2.838.08, reforma sobre los mismos puntos la sentencia de primera instancia y, en su lugar, resuelve:

Declárase probada la excepción de compensación en favor de la sociedad demandada hasta por la suma de mil quinientos ochenta y ocho pesos treinta y seis centavos ($ 1.588.36). Por tanto, ordénase deducir esta cantidad de la de dos mil ochocientos treinta y ocho pesos ocho centavos ($ 2.838.08). En consecuencia, la condena contra la compañía demandada, por los conceptos ya indicados, se reduce a la suma mil doscientos cuarenta y nueve pesos setenta y dos centavos ($ 1.249.72) moneda corriente. No la casa en lo demás.

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.

NATURALEZA DEL VINCULO CONTRACTUAL LABORAL

Semejanzas y diferencias del contrato de sociedad con el de trabajo. — Existencia del contrato de trabajo. — Exoneración al patrono de la indemnización moratoria. — Error de hecho del Tribunal al no dar por demostrada la buena fe patronal. — Solidaridad del contratista independiente y el Instituto de Fomento Municipal como beneficiario de la obra. — Condena solidaria por salarios insolutos, cesantía y primas de servicio.

El Tribunal llega a la conclusión de que el patrono obró de mala fe, por haberse acreditado en el proceso la existencia del contrato de trabajo. Mas no es éste el criterio que debe adoptarse para deducir la mala fe patronal. El fallador puede encontrar demostrado el contrato de trabajo y condenar al demandado a cumplir las obligaciones que de él se derivan, sin que esta conclusión sea indicativa de que el patrono no tuvo dudas razonables sobre la naturaleza del vínculo contractual. Es la conducta del patrono la que debe tenerse en cuenta para exonerarlo de la indemnización moratoria.

Como lo ha dicho esta Sala, "la demostración en el juicio del referido contrato no lleva necesariamente a la consecuencia de que su desconocimiento por el empleador sea incompatible con la buena fe. No hay oposición entre las dos situaciones, sobre todo, si la negativa se funda en razones valederas y al proceso aduce el patrono pruebas atendibles". (Sentencia de 14 de diciembre de 1964).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., julio treinta y uno de mil novecientos sesenta y cinco.

(Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C. Auxiliar de Casación Laboral).

Por medio de apoderado, Clodomiro Artunduaga demandó solidariamente al Instituto Nacional de Fomento Municipal y a Norberto Díaz Castañeda para que, previos los trámites de un juicio ordinario laboral, se hicieran las siguientes declaraciones:

"I. Que entre el actor y el doctor Norberto Díaz se celebró un contrato de trabajo.

"II. Que el doctor Norberto Díaz y el Instituto Nacional de Fomento Municipal están solidariamente obligados a pagar al demandante auxilio de cesantía y prima de servicios correspondientes a los servicios prestados por el actor en la construcción del alcantarillado de Barichara (Santander), de acuerdo con la liquidación que se deberá hacer con base en el salario que resulte probado.

"III. Que los mismos demandados están solidariamente obligados a pagar al actor el treinta por ciento (30%) de las utilidades líquidas de la obra del alcantarillado de Barichara ya mencionada.

"IV. Que los mismos demandados están solidariamente obligados a pagar al actor la suma de $ 400.00 por concepto de salarios correspondientes al mes comprendido entre el 14 de marzo y el 13 de abril de 1954.

"V. Que los mismos demandados están solidariamente obligados a pagar al actor su salario fijo y eventual a partir del 13 de abril de 1954 hasta el día del pago de los salarios y prestaciones debidos.

"VI. Que los demandados deben pagar las costas y gastos del juicio".

Los hechos fueron expuestos así:

"1. El actor celebró con el demandado Díaz un contrato con fecha 12 de octubre de 1953.

"2. En este contrato el doctor Díaz obró "en su calidad de contratista con el Instituto Municipal", de conformidad con lo expresado en la cláusula primera del contrato.

"3. Conforme al Decreto legislativo 837 de marzo 28 de 1952, el Instituto Nacional de Fomento Municipal es una entidad de servicio público descentralizado, con personería jurídica, capital propio y domicilio en Bogotá (Art. 1º), su objeto es la dotación de las poblaciones y zonas rurales con obras de progreso, para lo cual debe construir determinadas obras, entre ellas alcantarillados (Art. 2º). El Instituto acometerá la construcción de las obras mediante contratos celebrados con personas o entidades particulares (Art. 14).

"4. Según el contrato de octubre 12 de 1953 celebrado entre Artunduaga y Díaz, le correspondió al actor la contratación y supervigilancia del personal "con su propio concurso personal" en el desarrollo técnico de las obras (cláusula cuarta).

"5. Además el 'otrosí' del contrato aclara que el actor era 'Jefe de Trabajos' de la empresa.

"6. El actor inició sus labores el 13 de octubre de 1953.

"7. Según la cláusula séptima del contrato el actor tiene derecho a un sueldo de cuatrocientos pesos ($ 400.00) mensuales, que deben ser imputados a la participación en las utilidades de que se hablará en seguida.

"8. El actor tiene derecho al 30% de las utilidades líquidas que puedan corresponder al demandado Díaz en su contrato con el Instituto (cláusula segunda).

"9. Estas utilidades deben liquidarse con base en los precios fijos convenidos con el mismo Instituto (cláusula séptima).

"10. El actor no participaba en las pérdidas o riesgos del negocio.

"11. El contrato es disimulado como de sociedad, pero en realidad es de trabajo.

"12. Exclusivamente al demandado Díaz le correspondió la administración técnica y la gerencia o administración de la obra (cláusula quinta y sexta).

"13. Solamente Díaz podía obligar a la "sociedad", personalmente o por medio de un delegado suyo, que no era el actor (cláusula sexta).

"14. La "razón social" de la llamada compañía era "Norberto Díaz C., Ing.", es decir, el nombre mismo del demandado Díaz (cláusula novena), sin adición alguna que sugiriere una sociedad.

"15. Solamente el demandado Díaz podía hacer uso de la "razón social", es decir, de su propio nombre (cláusula novena).

"16. El damandado Díaz podía dar por terminado el contrato en cualquier momento, sin anuencia del actor (cláusula tercera).

"17 Díaz pagó al actor su sueldo de $ 400.00 mensuales desde octubre 13 de 1953 hasta marzo 13 de 1954.

"18. Díaz no pagó el sueldo de $ 400.00 correspondiente al mes comprendido entre el 14 de marzo y el 13 de abril de 1954.

"19. Díaz tampoco hizo la liquidación de las utilidades y no pagó al actor la participación del 30% a que tiene derecho.

"20. Díaz no reconoció al actor prestaciones patronales de ninguna clase.

"21. El actor estaba sometido a órdenes y reglamentos del demandado Díaz.

"22. El señor Díaz recibió del Instituto Nacional de Fomento Municipal por concepto de la construcción del alcantarillado de Barichara la suma de setenta y ocho mil cuatrocientos tres pesos con doce centavos ($ 78.403,12).

"23. Esta suma recibida por el demandado Díaz constituye la utilidad líquida del negocio, deduciéndose lo que la parte demandada compruebe haber gastado para ejecutar la obra".

Como fundamentos de derecho fueron citados los artículos 22, 23, 24, 27, 28 a 36, 39, 43, 45, 55, 56, 27, ord. 4º y 9º, ords. 1º y 9º, 61, 65, 127, 149, 193, 249, 253, 306 y 340 del C. S. del T., el Decreto Legislativo Nº 837 de marzo 28 de 1952, por el cual se reorganiza el Instituto Nacional de Fomento Municipal, y las demás disposiciones pertinentes, y en procedimiento el Decreto Nº 2158 de 1948.

Los demandados separadamente, por medio de apoderado, dieron respuesta a la de-

manda. El Instituto Nacional de Fomento Municipal negó los hechos y el derecho invocados por el actor y pidió absolución total. El Personero Distrital de Bogotá, como asesor del mencionado Instituto, se opuso a las peticiones de la demanda y propuso la excepción de incompetencia de jurisdicción. El apoderado de Norberto Díaz Castañeda contestó la demanda aceptando unos hechos y negando otros, pero sosteniendo en todo momento que el contrato que lo vinculó con el demandante fue de compañía y no de carácter laboral; se opuso a que se accediera a las peticiones suplicadas por el actor, e igualmente propuso las excepciones de declinatoria e incompetencia de jurisdicción, falta o carencia de acción y la de inepta demanda e ilegitimidad de la personería del demandado.

Conoció del litigio el Juzgado Segundo del Trabajo de Bogotá, el cual expidió su fallo de primera instancia el 23 de enero de 1957, resolviendo lo siguiente:

"Primero. Condénase a Norberto Díaz Castañeda a pagar a Clodomiro Artunduaga C., una vez ejecutoriada esta sentencia, las siguientes sumas por los conceptos que a continuación se expresan: a) Por el último salario insoluto $ 300.00; b) Por cesantía $ 200.00; c) Por prima de servicios $ 200.00.

"Segundo. Absuélvese a Norberto Díaz C. de los demás cargos formulados por Clodomiro Artunduaga en su libelo de demanda.

"Tercero. Absuélvese al Instituto Nacional de Fomento Municipal de todos los cargos formulados por Clodomiro Artunduaga en su libelo de demanda.

"Cuarto. Costas a cargo del demandado Norberto Díaz C.".

Contra la sentencia anterior interpusieron recurso de apelación los apoderados del demandante y de Norberto Díaz C. Conoció del recurso el Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral—, entidad que expidió su decisión de segundo grado por la cual se confirmaron los literales a), b) y c) del numeral primero de la parte resolutiva del fallo del a-quo; revocó el numeral segundo y en su lugar condenó a Norberto Díaz Castañeda a pagar al actor los salarios comprendidos entre la fecha de terminación del contrato (13 de abril de 1954) y "la fecha en que se paguen los salarios y prestaciones a que se refieren esta providencia"; absolvió a Díaz Castañeda de la súplica tercera de la demanda inicial; confirmó los ordinales tercero y cuarto y condenó a Díaz Castañeda al 40% de las costas de la segunda instancia.

El demandante y el demandado vencido en juicio propusieron el recurso de casación contra el fallo del Tribunal. Este lo concedió y habiendo sido admitido y tramitado convenientemente va a decidirse por la Sala, previo estudio de las respectivas demandas y escritos de oposición presentados oportunamente.

Por razones de método, se estudiará primero el recurso de la parte demandada-recurrente.

El recurso de la parte demandada
Alcance de la impugnación:

Se sustenta así:

"Con la presente demanda de casación me propongo obtener que la H. Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— case parcialmente la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 30 de septiembre de 1957, dentro del juicio promovido por Clodomiro Artunduaga contra Norberto Díaz C. y el Instituto Nacional de Fomento Municipal, en cuanto por ella se confirman los ordinales a), b) y c) del numeral primero de la sentencia de primera instancia y se revoca el numeral segundo de esa misma providencia, condenando en salarios caídos a Norberto Díaz Castañeda, y, en su lugar, procediendo como Tribunal de instancia, declare la inexistencia de contrato de trabajo entre Clodomiro Artunduaga y Norberto Díaz C. y absuelva a este último, en consecuencia, de todos los cargos contenidos en el libelo de demanda. Subsidiariamente, que case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto por ella se condena a Norberto Díaz Castañeda al pago de indemnización moratoria y, en su lugar, como Tribunal de instancia confirme el numeral segundo de la sentencia de primer grado".

El recurrente presenta dos cargos con fundamento en la causal primera del ar-

tículo 87 del C. de P. L., que pasa a examinar la Sala.

Primer cargo

Se alega violación, por vía indirecta de los "artículos 22, 23, 28, 65, 127, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo al aplicarlos a situaciones de hecho no reguladas por ellos y las normas sustantivas de igual categoría consagradas en los artículos 2079 y 2081 del C. C., al dejarlos de aplicar a circunstancias de hecho claramente sometidas a su regulación, por haber incurrido el H. Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral—, en ostensibles errores de hecho al apreciar las pruebas aportadas al juicio".

Las pruebas que sirven de fundamento al error de hecho afirmado por el recurrente, son las siguientes: el contrato suscrito entre Clodomiro Artunduaga y Norberto Díaz Castañeda con fecha 12 de octubre de 1953, que obra al folio 7 y 91 del cuaderno principal; la "pretendida confesión del demandado Norberto Díaz C., al hecho 21 de la demanda"; las copias autenticadas de los telegramas dirigidos por Norberto Díaz C., a Clodomiro Artunduaga; las declaraciones de los testigos Antonio Rojas Parra, Salustiano León, Rafael Monsalve y Juan de Jesús Barragán; constancia del Alcalde y del Personero del Municipio de Barichara, del folio 8 del cuaderno principal; y copia del convenio suscrito entre Norberto Díaz C. y Clodomiro Artunduaga para asociarse en la segunda etapa del alcantarillado de San Vicente, del folio 133 del cuaderno número 1.

El casacionista analiza cada una de esas pruebas para demostrar el error de hecho en que incurrió el sentenciador al deducir que entre las partes existio un contrato de trabajo. El recurrente finaliza su acusación de este modo:

"...En conclusión, estimo que el H. Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— apreció erróneamente las pruebas ya individualizadas, que son todas las aportadas al juicio, en cuanto dio por establecido, con ellas, la inexistencia de un contrato de sociedad entre las partes y la existencia de una vinculación contractual laboral entre Clodomiro Artunduaga y Norberto Díaz, apreciación errónea que lo condujo a condenar a mi mandante al pago de salarios, cesantía, prima de servicios e indemnización moratoria, sin fundamento o respaldo en la realidad procesal, violando en tal forma, por vía indirecta, las normas sustantivas de orden nacional mencionadas al principio de este cargo. En efecto, el H. Tribunal, como consecuencia de los errores de hecho anotados, aplicó indebidamente los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que definen el contrato de trabajo y señalan los requisitos para que exista, a una situación de hecho no regulada por ellos; aplicó mal el artículo 28 ibídem, partiendo de la base, contraria a la realidad probatoria, de que los contratantes no estipularon la participación de Artunduaga en las posibles pérdidas del negocio; aplicó indebidamente los artículos 65, 127, 249 y 306 ibídem, que respectivamente determinan la indemnización moratoria en contra de los patrones renuentes al pago oportuno de las prestaciones y salarios, definen el concepto de salario, consagran la obligación patronal de pagar auxilio de cesantía y establecen la obligación, para ciertos patronos, de pagar primas de servicios, partiendo del falso supuesto de que Clodomiro Artunduaga hubiera sido un asalariado y Norberto Díaz Castañeda su patrono. También, el H. Tribunal, como consecuencia de esos mismos errores de hecho, dejó de aplicar los artículos 2.079 y 2.081 del Código Civil, que definen el contrato de sociedad y señalan sus requisitos fundamentales, a una situación de hecho como la que se desprende de las pruebas antes analizadas, claramente encuadrada dentro de tales preceptos".

Se considera

Acerca del problema de si el vínculo jurídico que ligó a las partes fue laboral o de otra índole, el Tribunal Sentenciador se inclinó por lo primero con estos argumentos:

"Sea lo primero observar que los argumentos expuestos por el **a-quo** en orden a dejar establecido que no existió solidaridad entre el Instituto, anteriormente nombrado, y Díaz Castañeda, los acoge en su totalidad, esta Superioridad, por encontrarlos conforme a lo que, sobre el particular, dispone el C. S. del T. y a las probanzas que se trajeron a los autos. En efecto: Se demostró que la obra de alcantarillado en la cual

prestó servicios el demandante es de propiedad del Municipio de Barichara, la cual fue construida por el ingeniero Norberto Díaz, en su calidad de contratista independiente, y en virtud del contrato que éste celebró con el Instituto Nacional de Fomento Municipal. Sentado ésto, corresponde entrar a estudiar las varias pruebas aportadas para saber si se halla demostrada una relación contractual laboral entre Norberto Díaz y Clodomiro Artunduaga. Como lo anota, con acierto, el a-quo de la lectura cuidadosa de las cláusulas del mal llamado "contrato de compañía o de sociedad" se echa de menos, a primera vista, los elementos que de conformidad con la ley configuran dicha clase de contratos. La circunstancia de que en la cláusula segunda las partes hubieran convenido que "las utilidades líquidas que puedan corresponder a Díaz en dicho contrato se repartirán así: 70% para Díaz y 30% para Artunduaga, no desnaturalizan la relación contractual laboral si, de otra parte, se reunen los requisitos que la tipifican a saber: prestación personal del servicio, subordinación o dependencia, y salario como retribución del mismo servicio.

"Por otra parte no debe perderse de vista que al tenor de lo dispuesto por el Art. 28 del Estatuto Sustantivo del Trabajo, "el trabajador puede participar en las utilidades o beneficios de su patrono, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas. "En el caso sub-judice no puede afirmarse, de manera categórica, que Clodomiro Artunduaga hubiera corrido con las pérdidas de la "compañía" porque de la lectura de las cláusulas de la documental examinada lo que se establece es que el contrato se caracteriza por muchas deficiencias tales como falta de claridad en las mismas cláusulas, y falta de ciertas estipulaciones como el saber en que consistía el aporte del demandante, pues en la cláusula cuarta apenas se relacionan las obligaciones que debían de corresponderle al actor sin que aparezca en forma que no deje duda su verdadera calidad de socio. En cambio aparecen en el informativo pruebas documentales y varias declaraciones que vienen a demostrar la continuada dependencia o subordinación del demandante para con el demandado. Y si a ésto se agrega que se demostró también un salario de $ 400.00 mensuales, necesario es declarar como lo hizo el a-quo, que entre Díaz Castañeda y Clodomiro Artunduaga existió un contrato de trabajo que tuvo una duración de 6 meses. Por tanto se pasa a estudiar las condenas hechas por el a-quo, para saber si se ajustan a derecho".

Para mejor entendimiento del asunto, conviene transcribir la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, sobre las semejanzas y diferencias del contrato de sociedad con el de trabajo;

"Porque, entre las actividades que puedan corresponder a un socio industrial, con remuneración a base de porcentaje, en una sociedad que subsista puntualizada únicamente con el ánimo de sus integrantes, y un contrato de trabajo con persona que lleva a sus labores conocimientos especializados sobre la base de una remuneración, también a porcentaje, existen zonas de semejanza que obligan a un examen detenido para despejar confusiones que hagan posible fijar la ubicación de cada caso. En las sociedades colectivas, en las de responsabilidad limitada y en las en comandita por acciones, el conocimiento personal entre los socios, es elemento fundamental en la decisión de vincularse con ánimo de asociación, y la facultad de administrar la empresa o bienes, nacida por otorgamiento legal, hace que cuando la ejercen, es diferente a la situación de los trabajadores dependientes como lo es otro cualquiera que actúa en función de su condición de empleado. En estas sociedades, por ministerio de la ley y por el mismo régimen interno que acuerdan, hay claridad y formas distintas en las funciones de un socio y las funciones que correspondan a un empleado. Pero hay sociedades de personas, que por no tener la plenitud de las formalidades legales, forman entre las llamadas sociedades de hecho, y en las cuales puede darse el caso de socios con aporte de una especialidad o industria, que intervienen en trabajos de dirección, pero cuya sujeción en ejercicio de sus funciones no tiene el sometimiento ni las exigencias, que tiene el empleado. Porque el trabajador a contrato, en razón del vínculo, tiene obligaciones de su esencia nacidas de la ley y de los reglamentos inter-

nos, y entre las cuales la subordinación, órdenes impartidas en todo momento, tienen que ser observadas y a las cuales no se puede sustraer sin que se le atribuya incumplimiento del contrato. Por eso se ha dicho, por los autores de la materia y por la Jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, que la subordinación es en el contrato de trabajo de carácter jurídico real, proveniente de la existencia de una disposición legal. También es aspecto que cabe observar en las sociedades de hecho, el de los riesgos o pérdidas en el negocio; por que, si de contrato de trabajo se trata, el trabajador no los sufre. En cambio, el socio, lo es para las ventajas y desventajas, siendo ésta otra diferencia ostensible y fundamental para decidir sobre la naturaleza de una u otra relación". (Casación 23 de noviembre de 1953).

El Tribunal, para llegar a la conclusión de que el contrato que existió entre el ingeniero Norberto Díaz y el demandante Artunduaga fue de trabajo y no de sociedad, dijo que en el proceso aparecen pruebas documentales y varias declaraciones que demuestran la continuada dependencia o subordinación del segundo para con el primero. Aun cuando no señaló cuales eran esas pruebas, al decir que acoge las motivaciones del a-quo, se estudiarán los elementos probatorios que éste tuvo en cuenta para llegar a la misma conclusión del Tribunal, pruebas que son, por otra parte, las relacionadas por el recurrente como mal apreciadas.

Se analizará en primer lugar el Contrato suscrito entre las partes el 12 de octubre de 1953, que dice lo siguiente:

"Primero: Díaz Castañeda asocia a Artunduaga C., en la construcción del alcantarillado de Barichara, del cual Díaz, en su calidad de Contratista con el Instituto Nacional de Fomento Municipal ha construido una porción considerable, que no ha sido entregada al Instituto, y que por lo mismo se engloba con sus costos, etc., para las consideraciones y conclusiones de este contrato en cuanto a sus costos y utilidades y pérdidas. Segundo. Las utilidades líquidas que puedan corresponder a Díaz en dicho contrato se repartirán así: 70% para Díaz y 30% para Artunduaga. Tercero. La duración de la sociedad será la necesaria para la terminación de las obras de que habla la cláusula primera. Pero queda entendido que Díaz C., puede hacer la liquidación de la sociedad, en cualquier tiempo si el aporte de Artunduaga C., no fuere el adecuado para la ejecución de las obras, por impericia, descuido o cualquier otra causa similar ya que el aporte de capital a la sociedad que hace Díaz C., consiste en el contrato para llevar a cabo tales obras bajo su responsabilidad, tiene celebrado con el Instituto Nacional de Fomento y además el aporte de su capacidad técnica como ingeniero civil. Cuarto. Corresponde a Artunduaga la contratación de operarios que fuere necesario, y su directa, y permanente y personal supervigilancia con su propio concurso personal en el desarrollo técnico de la obra, como en el control de niveles y alineamientos conforme a los planos, perfiles, normas y de manera que, para los efectos de este contrato, será obra bien ejecutada la que reciba y pague el ante-citado Instituto. Quinto. Corresponde a Díaz la administración técnica y la gerencia o administración de la obra. Sexto. La administración de la sociedad corresponderá exclusivamente a Díaz, quien autorizará y hará todo pago y adquisición salvo que delegue esta facultad. Todo comprobante que emane de la sociedad deberá ser autorizado por Díaz C., o por su delegado y sin este requisito no tendrá validez que afecte a la sociedad. Séptimo. El socio Artunduaga C., tendrá derecho a que Díaz Castañeda le entregue mensualmente a partir de la fecha de salida para Barichara la suma de cuatrocientos pesos mensuales ($ 400.00) en calidad de avance a su participación en las utilidades que se liquidarán con base en los precios fijos con el Instituto de Fomento. En cada retiro de fondos se firmará el correspondiente recibo a favor de la sociedad. Los gastos por transportes, en función de la sociedad se cargarán a gastos comunes de la misma. Octavo. Para todos los efectos se estima la cuantía del capital en la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00) M|L. Noveno. La sociedad girará con la razón social, "Norberto Díaz C. Ing." y en su uso en todas las operaciones indispensables a la marcha de los tra-

bajos de la obra corresponderá exclusivamente al mismo socio nombrado. Para que conste se firma el presente documento por duplicado ante testigos en Bogotá a 12 de octubre de mil novecientos cincuenta y tres".

Relacionando las cláusulas del contrato antes transcrito con las disposiciones legales sobre el contrato de sociedad (Art. 467 y concordantes del C. de Co.) puede apreciarse que en aquéllas están comprendidas varias de las condiciones exigidas por la ley para la configuración de tal vínculo jurídico. Son ellas, por ejemplo, las relativas a nombre, apellidos y domicilio de las partes; la firma o razón social; la administración de la sociedad correspondiente a Díaz; el capital de la sociedad fijado en cinco mil pesos; el negocio sobre que gira la sociedad que no es otro que la construcción del alcantarillado de Barichara, actividad que es considerada como acto de comercio, según lo preceptúa el artículo 20, ordinal 9º del C. de Co.; la participación de los beneficios en 70% para Díaz y en un 30% para Artunduaga; la duración de la sociedad está pactada en la cláusula 3ª de dicho contrato; está señalada también la parte que tiene derecho el socio Artunduaga a retirar mensualmente con abono a sus utilidades; y consta el domicilio de la sociedad. Es de observar que no hay cláusula sobre los ordinales 9º (forma de liquidación de la sociedad) y 10º (cláusula compromisoria). No hay constancia de la solemnidad de la escritura pública ni de su registro en la Cámara de Comercio. Por lo mismo, no se trataría de una sociedad regular sino de una de hecho, en concordancia con lo previsto en el artículo 472 del C. de Co.

Tampoco aparece claramente que existiera subordinación jurídica por parte de Artunduaga hacia Díaz, ni que las pérdidas se repartieran entre ellos. Procede, cuanto al primer aspecto, estudiar las otras pruebas enumeradas por el recurrente, pues la subordinación es un hecho que se produce dentro de la ejecución de la relación de trabajo, aun cuando las partes no la estipulen previamente.

Los telegramas dirigidos por Díaz a Artunduaga (folios 9 a 19) constituyen una serie de órdenes e indicaciones, que Artunduaga debía cumplir para realizar la obra del alcantarillado de Barichara. Algunas son de carácter técnico y otras simplemente administrativas. Tales órdenes serían susceptibles de considerarse como dictadas en desarrollo de la cláusula 5ª del Contrato celebrado entre Díaz y Artunduaga, pues el primero se reservó la gestión técnica y administrativa; pero en realidad son demostrativas de que demandante y demandado no se encontraban en el mismo pié de igualdad, limitándose Artunduaga a cumplir lo que Díaz le ordenaba.

Esto se desprende también de la contestación al hecho 21 de la demanda, cuando el demandado manifestó: "El Demandante estaba sometido y debía cumplir y observar los reglamentos determinados en el Contrato celebrado entre ambos y en el plan de la obra del alcantarillado, dado por el Gobierno y bajo el inmediato control y dirección técnica del Ingeniero, Director de las obras, pues Artunduaga no es ingeniero y no tiene capacidad para dirigir y orientar obras de la naturaleza del alcantarillado de Barichara o de semejante desarrollo" (folio 68 vto.). Es claro que si Artunduaga no tenía capacidad para dirigir las obras, se encontraba sujeto, para el desarrollo de éllas, a lo que sobre el particular ordenara Díaz, lo cual implica una subordinación, ajena a la igualdad que debe existir entre los socios. Esta falta de igualdad es más notoria al analizar los testimonios tenidos en cuenta por el Tribunal. Dijo el testigo Antonio Rojas Parra:

"Cuando se presentaba algún problema en la obra, se paralizaba el trabajo hasta cuando llegara el doctor Díaz. nosotros nos íbamos para otro frente a trabajar". (Folio 136). El mismo declarante agrega: "Yo trabajé en el Alcantarillado quien era jefe el doctor Norberto Díaz y éste le daba órdenes al señor Clodomiro Artunduaga para que él diera órdenes a los trabajadores de lo que debían hacer". (Folio 135). Lo mismo afirma el testigo Salustiano León, quien dice: "Cuando el doctor Norberto estaba allá él le daba órdenes al señor Artunduaga diciéndole sobre lo que debía hacer como era el de sentar tubería o abrir chambas y don Clodomiro iba y nos decía como debíamos hacer el trabajo". Estos testigos, como pue-

de observarse, declaran que Díaz daba órdenes a Artunduaga sobre la forma y oportunidad de realizar los trabajos, y este, a su vez, se las transmitía a los trabajadores, velando asimismo para su correcto cumplimiento.

De todo lo anterior se concluye que no incurrió el Tribunal en manifiesto error de hecho al dar por demostrado que Artunduaga estaba subordinado jurídicamente a Díaz en la construcción del Alcantarillado de Barichara, cumpliendo las órdenes e instrucciones que éste le daba, pues de no hacerlo así incurría en incumplimiento de sus obligaciones. Y si a esta convicción llegó el Tribunal, obró dentro de la libre apreciación de las pruebas, por lo cual sus conclusiones son intocables en casación.

En relación con la asunción de las pérdidas por parte de Artunduaga, el contrato celebrado entre las partes no dice nada sobre el particular. La cláusula segunda estipuló que las utilidades líquidas que puedan corresponder a Díaz en el contrato con el Instituto Nacional de Fomento Municipal se repartirán así: 70% para Díaz y 30% para Artunduaga, sin que se diga la forma en que los contratantes asumirían las pérdidas. Cierto es que el artículo 2095 del Código Civil dispone que a falta de estipulación, se entenderá que el socio industrial pierde u industria o trabajo. Pero el hecho de que se hubiera pactado que Artunduaga recibiría $ 400.00 mensuales como avance de utilidades y no se fijara la forma en que éste reintegraría las sumas recibidas en caso de que las utilidades fueran inferiores, está indicando que la intención de las partes fue la de que Artunduaga recibiría como mínimo dicha cantidad, pues no existían otros negocios para compensar las pérdidas con futuras ganancias. No participaba, por lo tanto, en las pérdidas de la llamada sociedad. Así es que no incurrió el Tribunal en error manifiesto de hecho al considerar probada la existencia del contrato de trabajo, dado que se reunieron los tres requisitos esenciales: prestación de servicios, remuneración y subordinación jurídica. En consecuencia, no prospera el cargo.

Segundo cargo

"Para el caso de que no llegare a prosperar el cargo anterior, propongo este segundo con el carácter de subsidiario. La sentencia acusada viola el precepto sustantivo de orden nacional contenido en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por vía indirecta, al aplicarlo indebidamente a una situación no regulada por él, como consecuencia de ostensibles errores de hecho en que incurrió el H. Tribunal Superior de Bogotá. Sala Laboral —al apreciar— las pruebas aportadas al juicio. Tales pruebas son: a). El contrato suscrito entre Clodomiro Artunduaga y Norberto Díaz Castañeda, con fecha doce (12) de octubre de mil novecientos cincuenta y tres (1953) que obra a folios 7 y 91 del cuaderno principal. b). La pretendida confesión del demandado Norberto Díaz C., al dar respuesta al hecho 21 de la demanda. c). Copias autenticadas de telegramas dirigidos a Clodomiro Artunduaga por Norberto Díaz (folio 140 del cuaderno principal). d). Testimonios de Antonio Rojas Parra (folios 134 a 136), Salustiano León (folios 136 a 138), Rafael A. Monsalve (folios 174) y Juan de la Cruz Barragán (folios 178 a 179). e). Constancia del Alcalde y del Personero del Municipio de Barichara (folio 8). f). Copia del convenio suscrito entre Norberto Díaz y Clodomiro Artunduaga para asociarse en la segunda etapa del alcantarillado de San Vicente (folio 133). Como el análisis pormenorizado del valor probatorio de estos elementos de juicio fue efectuado en la formulación del cargo anterior, remito a la H. Sala a lo que se expresó al respecto en dicho cargo, lo doy por reproducido en el presente, en gracia de brevedad. g). Las afirmaciones y confesiones de la parte que represento al constatar el libelo de demanda (folios 67 a 70 del cuaderno principal). Dichas afirmaciones y confesiones han debido demostrar al H. Tribunal, de haber sido correctamente apreciadas, el hecho protuberante de que Norberto Díaz Castañeda negó enfáticamente, desde la iniciación de la litis, la existencia de un contrato de trabajo entre él y su demandante. No sólo la respuesta al hecho 21, analizada en el cargo anterior, sino todos y cada uno de los elementos que constituyen la mencionada contestación de demanda sacan verdadera mi anterior afirmación. h). Absolución de posiciones de Norberto Díaz C. (Folios 153 a 158 del cua-

derno principal). La totalidad de las respuestas dadas por el demandado Díaz Castañeda al interrogatorio en posiciones a que fue sometido, han debido fortalecer la convicción del fallador de segunda instancia, si hubiesen sido apreciados en forma correcta, de que el doctor Díaz Castañeda mantuvo constantemente, en el curso del juicio, su posición de negativa rotunda a la existencia de un contrato de trabajo con su demandante. Del análisis desprevenido de la totalidad del haz probatorio llegué en el cargo anterior a la conclusión, que sigo considerando la única jurídica y lógicamente aceptable, de que entre Norberto Díaz Castañeda y Clodomiro Artunduaga no existió un contrato de trabajo, porque el que quisieron celebrar, y de hecho celebraron, fue un típico contrato de sociedad. Sin embargo, aceptando en gracia de discusión y para los fines del planteamiento de este cargo subsidiario, que pueda admitirse la interpretación del H. Tribunal, en el sentido de que el contrato celebrado entre las partes no fue de sociedad sino de trabajo, ese mismo análisis debería haber llevado al fallador de segunda instancia al convencimiento de que el motivo central del litigio fue siempre la existencia del contrato de trabajo y de que las razones aducidas por el demandado Norberto Díaz C., para afirmar la inexistencia del vínculo contractual laboral y negar consecuentemente su obligación de pagar prestaciones y salarios al demandante, fueron fundadas y poderosas y suficientes para descartar la posibilidad de que hubiese procedido de mala fe. Si el H. Tribunal, en la motivación de la sentencia acusada, afirma a folio 21 del cuaderno correspondiente, que existe duda respecto a la verdadera calidad de socio que hubiera podido tener Artunduaga, no se entiende cómo desatendió su propia duda y dejó de aplicar la jurisprudencia que en su mismo fallo cita, para revocar la providencia de primera instancia en cuanto absolvía al demandado Díaz de la indemnización moratoria reclamada. Estimo, en conclusión, que el H. Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— apreció erróneamente los elementos de juicio que dejé individualizados en el presente cargo, en cuanto no dio por demostrado, con ellos, que el objeto central del litigio fue la discusión sobre la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, discusión sostenida con fundadas razones por parte del demandado Norberto Díaz, suficientes para llevar la duda al ánimo del Juzgador y para descartar la ocurrencia de la mala fé en mi representado; apreciación errónea que lo condujo a condenar a mi mandante al pago de salarios caídos a partir del 13 de abril de 1954, violando en tal forma, por vía indirecta, la norma sustantiva de orden nacional mencionada al principio de este cargo. En efecto, el H. Tribunal, como consecuencia de los errores de hecho anotados, aplicó indebidamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra la indemnización moratoria, para los casos en que haya renuencia injustificada y de mala fe, en el pago de salarios y prestaciones debidos, y no aparezca duda atendible acerca de la existencia de dichas obligaciones, al darle aplicación al caso de autos en el que están demostrados los supuestos contrarios".

Dice el Tribunal al estudiar la indemnización por mora: "La abundante doctrina de los Tribunales de Trabajo ha venido sosteniendo que para aplicar la sanción de que trata el Art. 65 del C. S. del T., es necesario tener en cuenta si ha habido renuencia injustificada por parte del patrono en el no pago de las prestaciones y salarios causados". Esta renuencia se ha identificado con la mala fe y sólo se excusa cuando de ella se puede afirmar que no existe, bien porque el motivo central del litigio sea la existencia del contrato, fuente de tales obligaciones, o porque alguna de las prestaciones que se reclaman sean de tal suerte dudosas que el patrono se haya visto obligado a oponerse a su reconocimiento con razones respetables". También ha dicho la doctrina que la negativa del patrono debe fundarse en razones muy serias, en forma tal que cuando se discuta la naturaleza del contrato de trabajo, los argumentos que se expongan deban ser tan poderosos que lleven al ánimo del juzgador la convicción de que en realidad la duda por parte del patrono es atendible. Empero, si sucede como en el caso de autos que desde el momento mismo en que se celebró el contrato —visible a folio 91— lo que se tipifica es una rela-

ción contractual laboral entre las partes y no una sociedad o compañía, la no aplicación del Art. 65 del C. S. del T. debe descartarse por las razones que a continuación se expresan: Que las partes no tuvieron ánimo de asociarse es cuestión que surge de la sola lectura de las mal redactadas cláusulas de la documental de folio 91. Que entre Artunduaga y Díaz Castañeda no se celebró un contrato de sociedad, en la forma prevista por el C. de Comercio, es conclusión que no admite duda si se considera que no se llenaron los requisitos previstos por la Ley; y por último, "que la sociedad o compañía" de que tratan los autos —no podía regirse por las normas del C. Civil, es asunto que no puede discutirse porque las cláusulas todas de la documental estudiada contribuyen a establecer que Artunduaga no tuvo la calidad de socio sino la de un simple subordinado del demandado. En efecto en dónde están las cláusulas por medio de las cuales se hubiera establecido en forma clara o expresa que el demandante corría con las pérdidas del contrato? Cuál el aporte que el mismo debía hacer a la llamada sociedad? Acaso el contenido mismo del contrato no explica su verdadera naturaleza como atinadamente lo observó el inferior?. Y si a ésto se agregan las órdenes que el demandado daba, con frecuencia, al actor y la subordinación permanente de éste, como se establece con las declaraciones que obran en autos, y con la afirmación hecha en la contestación de la demanda —folio 73 vuelto— no puede haber conclusión distinta a la de que el demandado sabía desde el mismo momento en que firmó el contrato que éste era de trabajo. Por consiguiente ha debido pagar las prestaciones y salarios causados, a la terminación del mismo, para evitarse la sanción consagrada en el Art. 65 del C.S. del T. Luego, deberá condenársele a pagar los salarios comprendidos entre el 13 de abril de 1954 y el día en que se paguen las sumas a que ha sido condenado".

Como puede observarse, el Tribunal llega a la conclusión de que el patrono obró de mala fe, por haberse acreditado en el proceso la existencia del contrato de trabajo. Más no es este el criterio que debe adoptarse para deducir la mala fé patronal. El fallador puede encontrar demostrado el contrato de trabajo y condenar al demandado a cumplir las obligaciones que de él se derivan, sin que esta conclusión sea indicativa de que el patrono no tuvo dudas razonables sobre la naturaleza del vínculo contractual. Es la conducta del patrono la que debe tenerse en cuenta para exonerarlo de la indemnización moratoria.

Como lo ha dicho esta Sala, "la demostración en el juicio del referido contrato no lleva necesariamente a la consecuencia de que su desconocimiento por el empleador sea incompatible con la buena fe. No hay oposición entre las dos situaciones, sobre todo, si la negativa se funda en razones valederas y al proceso aduce el patrono pruebas atendibles". (Sentencia de 14 de diciembre de 1964, no publicada aún en la Gaceta Judicial).

En el caso en estudio, Norberto Díaz, desde la contestación de la demanda y a lo largo del juicio, sostuvo que no había existido el contrato de trabajo. Adujo para demostrar su posición el contrato celebrado con el demandante, el cual, como ya se vio al estudiar el cargo anterior, reúne muchos de los elementos del contrato de sociedad. Si después del análisis de dicho contrato y de las otras pruebas que obran en el proceso, el Juzgador llegó a la conclusión de que el vínculo existente entre Díaz y Artunduaga era de naturaleza laboral, tal decisión no es suficiente para demostrar la mala fe del patrono, quien con base en el convenio celebrado con el demandante tenía razones atendibles para considerar que las relaciones sobre ambos se rigieron por normas distintas a las del trabajo. Las afirmaciones que hace el Tribunal de que Díaz sabía desde el mismo momento en que firmó el contrato, que éste era de trabajo y no de sociedad, es una apreciación sin ninguna base probatoria, pues el mismo fallador tuvo necesidad de apelar a pruebas distintas al contrato para deducir que la realización del servicio no se rigió por lo acordado inicialmente entre las partes. Tampoco puede presumirse dolo en el demandado al celebrar el llamado contrato de sociedad, pues no aparece demostrado que su intención al utilizar esta modalidad contractual, hubiera sido la de desconocer los derechos que las

leyes sociales consagran en favor de los trabajadores. Estando demostrado que Díaz alegó desde la contestación de la demanda y en las instancias del juicio, con razones atendibles, basadas en pruebas aportadas al proceso, la inexistencia de la relación laboral. Incurrió el Tribunal en error de hecho al no dar por demostrada su buena fe. En consecuencia prospera el cargo y la sentencia recurrida se casará en la parte que condena al demandado a pagar la indemnización moratoria.

Recurso del trabajador demandante

Alcance de la Impugnación.

La demanda tiene por objeto que se modifiquen las resoluciones del Tribunal, manteniéndose las condenas de que tratan los ordinales b) y c) del numeral 1º de la sentencia de primera instancia confirmados por el H. Tribunal, y el inciso segundo del fallo de éste, y que se hagan las siguientes declaraciones: a) que la parte demandada debe pagar al demandante $ 400.00 en lugar de los $ 300.00 a que fue condenada, por concepto de salario insoluto; b) que la parte demandada debe pagar al demandante por concepto de participación en las utilidades del negocio, la suma equivalente al 30% de $ 78.403.12, o sea $ 22.520,93; c) que el Instituto Nacional de Fomento Municipal es solidariamente responsable de las sumas objeto de las condenas que se imponen en el presente juicio".

Formula cuatro cargos, siendo el último subsidiario del tercero.

Primer Cargo (relativo al pago del sueldo correspondiente al último mes de trabajo). "El H. Tribunal confirmó la letra a) del inciso primero del fallo del señor Juez a-quo (Fl. 209 del cuaderno 2), por medio del cual se condena a Norberto Díaz Castañeda a pagar a Clodomiro Artunduaga C., por el último salario insoluto la suma de $ 300.00. Esta condena se basa en que tanto el señor Juez a-quo como el ad-quem consideran que de la suma debida de $ 400.00 se hayan pagado $ 100.00 a la esposa del demandante. El fallo de primera instancia fundamenta su afirmación en las pruebas a fls. 87, 88, 89, 90 y 155. Los fls. 87-88 contienen una certificación del Alcalde de Barichara, según la cual el demandado Díaz alegaba haber pagado a la señora del demandante la suma de $ 100.00 y menciona una certificación del contador del Alcantarillado de Barichara, señor Arturo Bahamón sobre tal pago. Este certificado de una persona particular sin sello oficial (fl. 90) no ratificado en el juicio, carece de todo valor probatorio, como lo ha expresado el más alto Tribunal Laboral en múltiples ocasiones (véase, por ejemplo, sentencia de julio 12/50, Livia Patrice contra Magdalena Fruit Co.). A fl. 89 se encuentra un cheque y a fl. 155 el demandado Díaz absolvió posiciones, que no pueden constituir una prueba a su favor. No existe, pues, prueba alguna del pago de los $ 100.00 afirmado por Díaz. El H. Tribunal no estudia el punto, sino que se limita a confirmar el fallo del Inferior, de modo que hay que suponer que se basó en las mismas pruebas. La sentencia recurrida aprecia erróneamente el acervo de pruebas mencionado, incurrió, por tanto, en un manifiesto error de hecho y violó, en consecuencia, el Art. 57, inciso 4º del C. S. T., según el cual el patrono está obligado a pagar la remuneración pactada en las condiciones y períodos y lugares convenidos".

Se considera:

En primer término debe observarse que el recurrente no indica la causal de casación en que fundamenta el cargo ni dice con exactitud el concepto de la infracción legal que le atribuye al fallo acusado. A pesar de la deficiencia anotada, la Sala procede a examinar la acusación, ya que ésta señala las pruebas que se consideran equivocadamente apreciadas y las normas legales que se estiman infringidas. Ciertamente el Tribunal al confirmar la condena por salarios insolutos no hace una motivación propia en apoyo de su decisión sino que se limita a acoger lo resuelto por el a-quo, en estos términos:

"Salarios correspondientes al último mes. Como lo anota el inferior, el demandado está obligado a pagar al demandante no $ 400.00 sino $ 300.00 puesto que con anterioridad a la terminación del contrato se le habían entregado $ 100.00, a buena cuenta de la mensualidad, a la señora del de-

mandante. En consecuencia la condena deberá contraerse únicamente a $ 300.00".

Ahora bien, tal como lo afirma el recurrente, el respaldo que tuvo el Juzgado del conocimiento para no acoger la condena por los $ 400.00, fueron las pruebas que puntualiza aquél. El fallador de primera instancia argumentó en esta forma:

"Cuarta. Declarar la obligación de pagar al demandante cuatrocientos pesos ($ 400.00) por concepto de la última mensualidad. Efectivamente existe esta obligación, aunque no por cuatrocientos sino por trescientos pesos ($ 300.00) ya que habían sido adelantados cien pesos $ 100.00 sobre esta mensualidad a la señora del demandante, según quedó demostrado y puede verse a folios 87, 88, 89, 90 y 155".

Se aprecia, pues, que ni el Juzgado ni el Tribunal efectuaron un análisis adecuado de las pruebas en que fundamentaron la decisión cuestionada. Y acontece que ninguna de ellas contiene el reconocimiento del trabajador demandante relativo a haber recibido los cien pesos que le deducen los juzgadores de instancia. Por el contrario, el certificado que aparece suscrito por el Alcalde de Barichara, da cuenta que Artunduaga se negó a recibir los trescientos pesos ofrecidos por Díaz, porque no era la cantidad que le correspondía. De otro lado, la única prueba que alude a los cien pesos recibidos por la señora del demandante es la transcripción que se hace, en el certificado expedido por el Contador del Alcantarillado de Barichara, de un recibo firmado por Aura Paba de Artunduaga en donde dice que recibió tal suma. Mas ocurre que el recibo original no se ha presentado al juicio y no se ha establecido la realidad del vínculo de parentesco que ha podido unir a dicha señora con el demandante, ni mucho menos se ha acreditado que ella estaba autorizada para recibir el salario total o parcial de Artunduaga. Tampoco consta procesalmente que el nombrado Contador, señor Arturo Bahamón, hubiese reconocido el mencionado certificado.

Independientemente, pues, de cualquier deficiencia en la aducción o ritualidad de las pruebas singularizadas por el recurrente, lo cierto es que ninguna de ellas acredita satisfactoriamente que efectivamente Artunduaga por sí o por interpuesta persona hubiese recibido los cien pesos que le han sido deducidos en los fallos de instancia. De donde resulta que innegablemente se ha configurado un evidente error de hecho en la valoración de las referidas pruebas, al asignarles un mérito que no tienen. Por consiguiente, el cargo prospera. Al proceder como Tribunal de Instancia, la Sala condenará a Norberto Díaz al pago de los salarios insolutos por valor de $ 400.00, modificando así la sentencia de primer grado.

Segundo Cargo (relativo a la participación de Artunduaga en las utilidades).

"Está comprobado en el juicio y así lo reconoce tanto el señor juez a-quo como el ad-quem, que Díaz como contratista del Instituto de Fomento Municipal recibió la suma de $ 78.403.12 por concepto de la obra en la cual fue ocupado Artunduaga. No se discute este hecho. En el hecho 23 de mi demanda (Fl. 4º del cuaderno 2) expresé que esta suma recibida por el demandado Díaz constituye la utilidad líquida del negocio deduciéndose lo que la parte demandada compruebe haber gastado para ejecutar la obra. La parte demandada en este juicio negó que la suma indicada equivalía a la utilidad líquida, pero no comprobó ningún gasto hecho para ejecutar la obra y al contrario, se ha negado a hacer la liquidación a que está obligado. El a-quo y el ad-quem rechazaron la demanda en cuanto al pago del 30% de las utilidades líquidas, por considerar que el actor estaba obligado a demostrar su valor y que esta prueba no existe. Al negar la condena pedida el fallo recurrido viola el Art. 1757 del Código Civil aplicable al derecho laboral conforme el Art. 19 del C. S. T., por interpretación errónea. El fallo recurrido invierte equivocadamente la carga de la prueba. No corresponde al actor, sino al demandado, probar los gastos que ha tenido el contratista. En consecuencia de esta interpretación equivocada la sentencia impugnada infringió también el Art. 57, ord. 4º del C.S.T., que obliga al patrono a pagar la remuneración pactada".

En el desarrollo del cargo se presentan diversos argumentos. Pretende el recurrente que como utilidad líquida se considere lo recibido en forma global por el demandado

Díaz y sostiene que a éste le correspondía la carga de la prueba en lo atinente a la demostración de los gastos del contrato que celebró con el Instituto Nacional de Fomento Municipal; que como no hizo tal comprobación, entonces la liquidación de la utilidad líquida correspondiente a Artunduaga debe hacerse del modo antes expresado.

Se considera

Las razones que tuvo en cuenta el sentenciador para no acceder a la petición en que ahora insiste el recurrente en su acusación están expuestas así:

"30% de las utilidades líquidas. Si bien es verdad que el demandado Díaz no negó el haberse comprometido a pagarle al actor este porcentaje, también lo es que en la cláusula segunda de la documental de folio 91 y en la demanda se habla de utilidades, o sea la ganancia que quedara después de sacar los gastos que ocasionara el contrato, por lo cual era necesario demostrar a cuanto ascendieron. Y como de autos aparece que el demandado recibió como valor total del contrato que celebró con el Instituto Nacional de Fomento Municipal $ 78.403.12, sin que se conozca el valor de los gastos, necesario es declarar que la absolución del a-quo, en cuanto respecta a esta súplica, debe sostenerse, como en efecto se sostiene".

De otra parte, es conveniente recordar, aunque en verdad el propio recurrente no lo desconoce, que la petición respectiva de la demanda inicial dice textualmente: "III. Que los mismos demandados están solidariamente obligados a pagar al actor el treinta por ciento (30%) de las utilidades líquidas de la obra del alcantarillado de Barichara ya mencionada". (Subraya la Sala). En el mismo sentido es la cláusula Segunda del contrato escrito celebrado entre Artunduaga y Díaz que habla de "Las utilidades líquidas que puedan corresponder a Díaz en dicho contrato se repartirán así: 70% para Díaz y 30% para Artunduaga". Luego es inobjetable que la participación del demandante era sobre las utilidades.

En los propios hechos de la demanda de instancia se confirma la clase de utilidad convenida cuando se expresa: "8. El actor tiene derecho al 30% de las utilidades líquidas que puedan corresponder al demandado Díaz en su contrato con el Instituto (cláusula segunda). 9. Estas utilidades deben liquidarse con base en los precios fijos convenidos con el mismo Instituto (cláusula séptima)".

De lo anterior se deduce que la participación del demandante era sobre las utilidades líquidas del contrato y no con base en otro tipo de utilidad. De modo, pues, que habiéndose pactado en tal forma el porcentaje correspondiente a Artunduaga y, por otro lado, tratándose de un hecho expuesto con absoluta precisión en la demanda con que se promovió el juicio, no cabe la menor duda que era él y no el demandado quien estaba obligado a demostrar la veracidad de ese aserto fundamental de la litis. Los hechos esenciales de la controversia judicial planteados por el actor corresponde demostrarlos a éste y no al demandado. Sobre todo cuando con un elemental raciocinio se puede precisar que los $ 78.403.12 recibidos por Díaz no representan otra cosa que el valor o precio total del contrato, pero de ningún modo la utilidad líquida, pues como lo destaca el sentenciador, no se conoce el dato de los gastos que el contrato ocasionó a Díaz. De consiguiente, la Sala no ha encontrado que el Tribunal hubiese incurrido en las infracciones legales que alega el impugnador. El cargo no prospera.

Tercer cargo

(Relativo a la solidaridad del Instituto Nacional de Fomento Municipal).

"El fallo recurrido reconoce que Díaz fue contratista independiente del mencionado Instituto con base en un contrato celebrado entre los dos, pero niega la solidaridad explicando (Fl. 20 del Cuaderno 3): 1º que "la obra de alcantarillado en la cual prestó servicios el demandante es de propiedad del Municipio de Barichara"; 2º que esta obra "fue construida por el ingeniero Norberto Díaz en su calidad de contratista independiente"; 3º que lo hizo "en virtud del contrato que éste (Díaz) celebró con el Instituto Nacional de Fomento Municipal".

El señor Juez a-quo, cuyo fallo a este respecto fue confirmado por el H. Tribunal, dijo en su providencia que el Instituto no fue beneficiario ni dueño de la obra. Esta

interpretación del Art. 34 del C. S. T. aparentemente aceptada por el H. Tribunal, es equivocada. Es cierto que el Instituto no fue dueño del alcantarillado como tal, pero el fallo recurrido entiende la expresión "obra" equivocadamente. La primera acepción de esta palabra, según el Diccionario de la Academia Española, es "cosa hecha o producida por un agente". La acepción cuarta del mencionado Diccionario entiende por obra "edificio en construcción" y comenta "en este lugar hay muchas obras". En la acepción 5ª entiende por obra "compostura o innovación que se hace en un edificio" con el comentario "en casa de Pedro hay obra". La obra es, por tanto, la ejecución de los trabajos necesarios para la construcción del alcantarillado, no la tierra en que se pone la tubería o ésta misma, y este trabajo de construcción pertenece al Instituto Nacional de Fomento Municipal. Este mismo Instituto es el beneficiario de estos trabajos, pues ha contratado su ejecución, y ésta es precisamente la función que tiene el Instituto conforme al Decreto 837 de 1952 (Fls. 49 del Cuaderno Nº 2 del expediente). Al interpretar equivocadamente las palabras beneficiario y obra en el Art. 34 del C. S. T. el fallo recurrido viola esta norma sustantiva y consiguientemente las que obligan al pago de los salarios y prestaciones, a saber: el Art. 57, Ord. 4º del C. S. T. en cuanto a los salarios (con inclusión de la participación en las utilidades); 65, respecto a los salarios "caídos"; 249, en cuanto a la cesantía; 306 en cuanto a la prima de servicios. La sentencia impugnada debe ser casada en cuanto niega la solidaridad del Instituto. En su lugar debe condenarse al Instituto Nacional de Fomento Municipal como deudor solidario de todas las condenas que se ordenen en el fallo definitivo".

Se considera

La motivación del Tribunal en este aspecto de la sentencia recurrida dice como sigue:

"Sea lo primero observar que los argumentos expuestos por el a-quo en orden a dejar establecido que no existió solidaridad entre el Instituto, anteriormente nombrado, y Díaz Castañeda, los acoge, en su totalidad, esta Superioridad, por encontrarlos conforme a lo que, sobre el particular, dispone el C. S. del T. y a las probanzas que se trajeron a los autos. En efecto: Se demostró que la obra de alcantarillado en la cual prestó servicios el demandante es de propiedad del Municipio de Barichara, la cual fue construida por el ingeniero Norberto Díaz, en su calidad de contratista independiente, y en virtud del contrato que éste celebró con el Instituto Nacional de Fomento Municipal..."

Ahora bien, como el ad-quem comparte los puntos de vista del a-quo sobre el punto debatido, conviene darlos a conocer para un mejor enfoque en la dilucidación del problema. Dijo el Juzgado del conocimiento:

"Responsabilidad solidaria. El actor dirigió su demanda también contra el Instituto Nacional de Fomento Municipal por considerarlo responsable solidariamente en el pago de sus prestaciones. Para dirimir esta controversia es imprescindible establecer si el demandado fue un contratista independiente y qué clase de nexos lo ligaban al Instituto. El Art. 34 del Código Sustantivo del Trabajo define los contratistas independientes como "las personas que contratan la ejecución de una o varias obras o labores en beneficio ajeno, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlas por sus propios medios y con libertad o autonomía técnica y directiva". Luego añade: "Pero el beneficiario del trabajo, dueño de la obra o base industrial, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores". Como se ve, esta disposición contiene tres partes: 1) Características del contratista independiente; 2) Responsabilidad solidaria del beneficiario o dueño; 3) Convenio sobre el pago de prestaciones. Para el caso de autos, no es posible dudar acerca del primer punto: Norberto Díaz fue un genui-

no contratista independiente. He aquí los términos en que respondió el Instituto demandado a la comunicación dirigida por el doctor Herrnestadt: "El Instituto Nacional de Fomento Municipal celebró con el ingeniero Norberto Díaz un contrato para la construcción del alcantarillado de Barichara por un precio fijo, en el cual el contratista se obliga a construir la obra bajo su exclusiva responsabilidad siendo de su cargo el suministro de los materiales y mano de obra, teniendo facultad absoluta para contratar el personal de obreros de acuerdo con sus conveniencias, sin intervención alguna de parte del Instituto ya que el contrato no era de administración delegada sino el de ejecución directa de obra por un precio determinado. En el citado contrato se estipuló expresamente que los materiales, mano de obra y prestaciones sociales, era de cargo del contratista excluyéndose en forma expresa la responsabilidad del Instituto con respecto a las obligaciones que pudiera adquirir el contratista con el personal de obreros que llegara a contratar para la ejecución de la obra". (Folio 32). En cuanto al segundo punto hay que pensar que el beneficiario de la obra no es el Instituto sino el Municipio de Barichara. Recuerde el demandante que las obras construidas en los municipios por el Instituto mencionado no son un regalo de él ya que según el Decreto 0837 de 1952, los municipios deben suministrar, además de los aportes en dinero adecuados a su presupuesto, los terrenos necesarios con las correspondientes servidumbres. De suerte que, aun por este aspecto, la obra pertenece en su totalidad al municipio y es él, por lo tanto, el que debiera responder solidariamente por los derechos de los trabajadores. El Instituto sólo presta una ayuda. El tercer punto tiene interés especial, ya que, aun en el caso de que el Instituto fuera considerado como responsable solidariamente, la disposición citada indica que él bien podía haber pactado con el contratista con el fin de dejar en salvo su responsabilidad. Y efectivamente así se hizo, según lo confiesa el mismo demandado: "Para garantizar la obra o sea el manejo al celebrar el contrato, presté fianza por conducto de la compañía Americana Británica en favor del Instituto. Para garantizar la estabilidad de la obra que impone el contrato y el pago de los jornales y prestaciones, presté nueva fianza por medio de la misma compañía América Británica y siendo la entidad asegurada el Instituto Nacional de Fomento Municipal". (Folio 158).

Como puede observarse, el Tribunal deduce que el Instituto de Fomento Municipal no fue beneficiario de la obra, por cuanto el dueño de la misma era el municipio de Barichara. Es decir, asimila los dos conceptos, que en el artículo 36 del C. S. del T. se consideran diferentes, al referirse a ellos alternativamente. Puede suceder que el beneficiario inmediato no sea el propietario de la obra; tal sucede, por ejemplo, cuando la obra se construye por cuenta de una empresa dedicada a la construcción, siendo un tercero el dueño de la obra. El Instituto Nacional de Fomento Municipal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto número 0837 de 1952, tiene entre sus finalidades la de construir alcantarillados, para dotar con ellos a los municipios. Para este efecto contrató con el ingeniero Norberto Díaz la construcción del alcantarillado del Municipio de Barichara, hecho que dio por cierto el Tribunal. De manera que el trabajo por éste ejecutado beneficiaba directamente al Instituto, pues realizaba así los fines para que fue creado, no importa que el destinatario final de la obra fuese el mencionado Municipio. En consecuencia, al concluir el ad-quem que la entidad demandada no era el beneficiario del trabajo realizado, por ser el propietario de la obra un tercero, interpretó erróneamente el artículo 36 del C. S. del T. Prospera el cargo y en consecuencia se casará parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto absuelve al Instituto Nacional de Fomento Municipal, se revocará la sentencia de primer grado sobre el mismo punto, y en su lugar se le condenará solidariamente con Norberto Díaz al pago de las obligaciones a cargo de éste, pues en virtud de ser beneficiario de los trabajos que éste ejecutó como contratista independiente responde solidariamente con él, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 del C. S. del T.

No se estudia el cargo cuarto, por ser subsidiario del anterior, que prosperó.

Para la decisión de instancia sirven las consideraciones hechas en cada uno de los cargos que prosperan.

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, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en cuanto confirma el ordinal a) del numeral 1º del fallo de primera instancia, REVOCA el numeral segundo de la misma y en su lugar condena a Norberto Díaz Castañeda a pagar a Clodomiro Artunduaga los salarios comprendidos entre la terminación del contrato y la fecha en que pague los salarios y prestaciones debidas, y CONFIRMA el numeral tercero, que absuelve al Instituto Nacional de Fomento Municipal de todos los cargos de la demanda, y en función de instancia, Resuelve: Modifícase el literal a) del punto primero del fallo de primera instancia, en el sentido de fijar en $ 400.00, en vez de $ 300.00 la condena por salarios insolutos; 2º Confírmase el punto segundo de la sentencia de primer grado, que absuelve a Norberto Díaz C. de los demás cargos formulados en la demanda. 3º Revócase el punto tercero, que absuelve al Instituto Nacional de Fomento Municipal de todos los cargos de la demanda, y en su lugar condena al Instituto Nacional de Fomento Municipal solidariamente con Norberto Díaz Castañeda, a pagar a Clodomoiro Artunduaga las sumas de $ 400.00, por salarios insolutos; $ 200.00 por cesantía y $ 200.00 por prima de servicios, y se le absuelve de los demás cargos de la demanda.

No se 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.

RELACION DEL TRABAJO SUBORDINADO. — CONTROVERSIA ACERCA DE LA TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO. — CRITERIOS AL RESPECTO DEL TRIBUNAL AD-QUEM Y DE LA CORTE .— ALCANCE DEL ART. 64 DEL C. S. DEL T. — SUPUESTOS ERRORES DE HECHO POR APRECIACION ERRONEA Y FALTA DE APRECIACION DE PRUEBAS.

La resiliación del contrato de trabajo está prevista en nuestra ley laboral. Ella puede ser justa, como en las causales señaladas en los artículos 61 y 62 del C. S. del T. Contractual, o sea cuando se hace uso de la cláusula de reserva, reglamentada por el artículo 48, e ilegal, cuando no se origina en ninguno de los casos anteriores. Así es que en caso de despido o retiro, legal o ilegal, el contrato se resuelve ipso-facto, y no es necesario que judicialmente se declare la resolución. Si la ruptura ha sido injusta o ilegal, se causa la indemnización de perjuicios a cargo de la parte que rompió unilateralmente el contrato de trabajo. Como dijo el Tribunal Supremo del Trabajo: "El legislador no prohibe el rompimiento unilateral del contrato. Lo sanciona". No otro es el alcance del Art. 64 del C. S. T.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., treinta y uno de julio de mil novecientos sesenta y cinco.

(Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C. Auxiliar de Casación Laboral).

Harold Turek, por medio de apoderado, demandó a Luis Ucrós, propietario del almacén Ucrós, para que se le condene a pagarle la suma de $ 2.693.87 por concepto de auxilio de cesantía; $ 127.06 correspondiente a dos meses y medio de servicios; y $ 55.80 diarios desde el 1º de octubre de 1954 hasta cuando se verifique el pago a título de indemnización por no haber cubierto las prestaciones oportunamente, sin que hubiere causa legal para esta retención.

Afirma el demandante que comenzó a prestar sus servicios en el Almacén Ucrós el 15 de julio de 1952, hasta el 30 de septiembre de 1954, cuando se retiró del empleo; que no tenía remuneración fija, siendo su salario igual a un porcentaje sobre las ventas, que oscilaba entre 31, 10%, 15% y 17%, según las máquinas vendidas; que el promedio mensual devengado durante el último año de servicios fue de $ 1.219.87; que el demandado no le ha pagado las prestaciones demandadas a pesar de haberlas solicitado reiteradamente; y que el sueldo devengado en septiembre fue de $ 1.694.95.

Al contestar la demanda, el demandado dijo que la fecha de iniciación del servicio fue el 16 de julio de 1952, mas no aceptó la de su terminación el 30 de septiembre de 1954; reconoció la forma de remuneración, aún cuando niega que el promedio mensual devengado fuese el señalado por el demandante. Acepta que no ha cubierto el auxilio de cesantía, pero no que el demandante la hubiese solicitado reiteradamente; respecto a las comisiones de septiembre de 1954, dice que ellas alcanzaron a $ 235.87. Se opuso a las peticiones de la demanda, con fundamento en hechos y razones que sintetiza así: "El contrato de trabajo entre demandante y demandado no ha terminado por ninguna de las causales establecidas en la ley o el contrato y, sobre tal eventualidad, no ha ocurrido acuerdo ninguno entre trabajador y patrono; El trabajador abandonó el trabajo, rompiendo unilateralmente el contrato respectivo, sin previa notificación ni aviso a su patrono, con el objeto de no tener que pagar las cantidades recibidas a buena cuen-

ta. El trabajador adeudaba a su patrono, la cantidad de $ 4.604.76 (cuatro mil seiscientos cuatro pesos con setenta y seis centavos) moneda corriente, descontada la última factura sobre comisiones a que tiene derecho. Como se ve, esta cantidad es casi el doble de la que reclama como auxilio de cesantía, en la demanda que contestó. Además, el trabajador adeuda al demandado, la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00) m/cte., por concepto de los perjuicios causados al patrono, por rompimiento unilateral injustificado del contrato de trabajo, al tenor de la cláusula sexta del documento de contrato respectivo".

Propuso la excepción dilatoria de inepta demanda, por cuanto no habiendo terminado el contrato de trabajo por ninguno de los medios indicados en la ley y en el mismo contrato, no es tiempo de reclamar cesantía; y en cuanto a las vacaciones, porque la reclamación carece de todo fundamento.

Oportunamente formuló demanda de reconvención para que se declarara que Harold Turek adeuda y debe pagar al demandado la cantidad de $ 5.000.00, por concepto de los perjuicios que le ha ocasionado con el rompimiento unilateral y sin previo aviso del contrato de trabajo; que el reconvenido adeuda y debe pagar o devolver a Luis Ucrós la suma de $ 4.604.76, que recibió del mismo a buena cuenta de comisiones que no se causaron ni realizaron. En subsidio de esta última petición, que se ordene la compensación parcial de esta cantidad, con la demandada por Turek por concepto de cesantía, y se le condene a la devolución del saldo. Como hechos de la reconvención presentó los siguientes: "Primero. El señor Harold Turek y el señor Luis Ucrós Saravia, celebraron con fecha 16 de julio de 1952, un contrato de trabajo, mediante el cual, el primero, trabajador, se comprometía con el segundo, patrono, a incorporar su capacidad de trabajo normal, en las funciones de Agente Vendedor de las máquinas Addressograph de equipos para oficina y bancos, negocio habitual del patrono; Segundo: El Trabajador abandonó el trabajo, sin previa notificación ni aviso al patrono, rompiendo unilateral e injustificadamente el contrato respectivo y ocasionando al patrón graves y cuantiosos perjuicios, cuya cuantía se había convenido, previamente, en el contrato, en la cantidad de $ 5.000.00 para cualquiera de las partes que infringiera sus normas. El trabajador abandonó sus obligaciones, definitivamente, desde el mes de febrero del corriente año; Tercero: El trabajador recibió, a cuenta adelantada de comisiones del patrono, cantidades que, por causa de su abandono del trabajo no pudo compensar y que, en saldo definitivo, alcanzan a la suma de $ 4.604.76, que el trabajador detenta en su poder, sin haber manifestado nunca, por ningún medio, intención o voluntad de pagarlas ni haber propuesto forma alguna de pago. Cuarto: Hasta la fecha, el trabajador no ha manifestado en forma alguna al patrono, su voluntad de terminar el contrato de trabajo, menos las razones que le asisten o pueden asistir para tomar tal determinación; Quinto: Los perjuicios ocasionados al patrono están representados en la imposibilidad de vender los artículos que al trabajador le estaban encomendados ni de reemplazarlo mientras el contrato de trabajo subsistiera".

En relación con el primer hecho, manifestó el reconvenido que su obligación de vender máquinas Addressograph cesó en el mes de abril de 1954, cuando comenzaron las ventas de máquinas de Pitney Bowes; negó que hubiese abandonado el trabajo y dice que por haber terminado la representación que Ucrós tenía para distribuir las máquinas de Pitney Bowes, finalizaba el contrato de trabajo, pues su obligación estaba circunscrita exclusivamente a la venta de la línea de producto de Pitney Bowes; afirma que la representación de dicha casa le fue ofrecida desde el 1º de septiembre de 1954, de lo cual tenía conocimiento Ucrós. En relación con los avances por comisiones, manifiesta que su valor es inferior al señalado en la demanda, pues dejaron de abonársele algunas por ventas realizadas con anterioridad a su retiro, pero pagadas posteriormente. Por último, respecto a los perjuicios, dice que él fue quien los sufrió, pues Ucrós continuó vendiendo máquinas de Pitney Bowes, cuando ya no tenía la representación de esta casa. Propuso la excepción de inepta demanda, por ser improcedente la compensación entre el auxilio de cesantía y una deuda a cargo del trabajador.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez 4º Laboral de Bogotá, quien conoció del doble juicio, dictó el siguiente fallo; "Primero. Condénase al señor Luis Ucrós, propietario del Almacén Ucrós, con C. de C. 45809 de Bogotá, a pagar al actor en el juicio de la referencia, señor Harold Turek, portador de la C. de C. Nº 118620 de Bogotá, por los motivos expuestos en la presente providencia y a partir de su ejecutoria, las siguientes cantidades: a) Dos mil doscientos treinta y ocho pesos con doce centavos ($ 2.238.12), por concepto de auxilio de cesantía; b) Once mil cuarenta y siete pesos con cuatro centavos ' ($ 11.047.04), por concepto de salarios caídos. Segundo. Absuélvese a la misma parte demandada del resto de las peticiones formuladas por el actor en su libelo de demanda. Tercero. Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. Cuarto. Demanda de reconvención. a) Decrétase la compensación solicitada hasta el límite de lo pedido: $ 4.604.76; b) Absuélvese a Harold Turek de la petición sobre indemnización de perjuicios. Quinto. De la suma a que ascienden las condenas decretadas en contra del demandado Luis Ucrós debe deducirse la cantidad de siete mil doscientos noventa y ocho pesos con sesenta y tres centavos ($ 7.298.63), total que arrojan la compensación decretada en el numeral anterior y la consignación efectuada por el demandado en favor del actor. Sexto: Costas del Juicio: Condénase al demandado Luis Ucrós a pagar un cincuenta por ciento (50%) de las costas a que hubiere lugar. Artículo 2º, Decreto 0243 de 1951). Tásense por la Secretaría".

Apeló la parte demandada. El Tribunal al decidir la alzada, revocó el ordinal a) numeral 1º de la sentencia de primer grado, y en su lugar absolvió a Luis Ucrós de pagar a Harold Turek suma alguna por concepto de cesantía; modificó el ordinal b) del mismo numeral 1º, en el sentido de condenar a pagar a Harold Turek $ 3.998.19 por concepto de indemnización por mora en el pago de la cesantía. Confirmó el numeral 2º del fallo apelado; modificó el numeral 3º de la sentencia en el sentido de declarar probada la excepción de compensación propuesta por la parte demandada; confirmó los ordinales a y b del numeral 4º; revocó el numeral 5º y en su lugar ordenó que se estuviera a lo dispuesto anteriormente. Se observa que el ad-quem, en forma irregular, absolvió al demandado de pagar el auxilio de cesantía, por haber consignado una suma mayor en el Juzgado por este concepto. Y aún cuando reconoció que la indemnización moratoria ascendía a $ 9.053.70, sólo condenó al pago de $ 3.993.19, saldo que resultó después de haber deducido el valor de las comisiones anticipadas al demandante, que fijó en $ 4.064.73, y la suma de $ 455.75, que obtuvo luego de descontar de la cantidad consignada el auxilio de cesantía. Esta anomalía en que incurrió el Tribunal hace confusa su decisión, pues no precisa cuáles fueron los derechos y obligaciones de las partes que se dedujeron en los dos procesos.

Interpuso el recurso de casación la parte demandada. Admitido por esta Superioridad, y habiéndose surtido el trámite legal, la Sala decidirá el recurso, con base en la demanda presentada oportunamente.

Alcance de la impugnación

Persigue: "se case y revoque en todas las decisiones que comprenden su parte resolutiva, la sentencia impugnada, particularmente: En cuanto confirma las decisiones de la sentencia dictada por el Juez 4º del Trabajo de este Círculo Judicial; en cuanto, numeral 1º de su parte resolutiva, absuelve al demandado de pagar suma alguna por concepto de cesantía, absolución que no se refiere a la obligación en sí misma, sino que considera pagada esta obligación de acuerdo con las explicaciones de la parte motiva; en cuanto, numeral 2º de su parte resolutiva, condena al demandado a pagar una compensación por concepto de indemnización por mora; y, en cuanto decreta una compensación entre una deuda cierta y una obligación aún no exigible; y, e), Que en lugar de esta sentencia, se tomen las siguientes decisiones: se absuelva al demandado de todos los cargos de la demanda; Se condene al demandante, de acuerdo con la demanda de reconvención, a pagar al demandado las cantidades que le adeuda por concepto de los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato $ 5.000.00 y

por avances de salarios recibidos y no devengados, $ 4.604.76; y, se reconozca el derecho a la compensación parcial, entre estas cantidades y la que alcance el derecho de cesantía del trabajador, para hacerla efectiva en el momento en que tal derecho al auxilio de cesantía se cauce".

La acusación

Se transcribirá textualmente, para mejor entendimiento: "Son causales o motivos del recurso de casación interpuesto: A). La sentencia viola, indirectamente, por error de hecho consistente en apreciación errónea y falta de apreciación de pruebas, las siguientes disposiciones sustantivas de ley del trabajo: La contenida en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece los motivos o causales por los cuales termina el contrato de trabajo. Esta violación aparece de bulto, cuando la sentencia afirma que el contrato terminó por la causal, mutuo consentimiento, y las pruebas allegadas al proceso indican certeramente todo lo contrario. Tales pruebas, son las siguientes: 1). **Por falta de apreciación**, la prueba que consiste en el hecho de que, el trabajador, señor Turek, con fecha 14 de febrero de 1955 exigió personalmente al patrono el cumplimiento de una de las obligaciones que el contrato de trabajo le imponía, consistente en el **pago de salarios**, particularmente pago de comisiones sobre ventas, causadas con posterioridad al 30 de septiembre de 1954, fecha en que según su afirmación el tal contrato de trabajo había terminado: Si el trabajador consideraba que su patrono estaba obligado a pagarle este salario, consideraba también que esta obligación no podía nacer sino del contrato de trabajo y, por consecuencia necesaria, que éste estaba vigente. El hecho que configura la prueba aparece demostrado así: Mediante la prueba **confesión en posiciones**, cuando el trabajador demandante, contesta la posición 5ª y 17ª y acepta haber entregado las facturas correspondientes, como allí reza; Mediante la misma prueba, **confesión de posiciones**, cuando el trabajador demandante contesta la posición 7ª, y acepta que las comisiones cobradas se causaron (fueron pagadas las mercancías correspondientes), después de septiembre de 1954, mes en el cual el contrato de trabajo debió haber quedado terminado. Esto en concordancia con la forma de pago estipulado en el contrato de trabajo, aparte final del numeral 3º del correspondiente documento privado, el que, reconocido, obra en los autos: Las posiciones absueltas se encuentran en los folios 79 a 84; y el documento contentivo del contrato de trabajo, en las páginas 27 a 30 del expediente; mediante la prueba **documento privado**, reconocido por el demandante al absolver la posición séptima, y que consiste en la cuenta o factura misma, folio 17, acompañada por los documentos subsiguientes, en los que aparecen las fechas en que tales facturas fueron **pasadas a los compradores**, así: Para la comisión Calzado La Corona, los comprobantes de los folios 18, 19 y 20 en los que constan las fechas octubre 26 y octubre 28 de 1954; para la comisión Banco de Bogotá, los documentos 21, 22 y 23, en los que aparece la fecha noviembre 18 de 1954; y para la comisión administración del Correo Nacional, los documentos de los folios 24, 25 y 26, en los que aparece la fecha noviembre 30 de 1954; 2). Por **apreciación errónea**, la prueba consistente en las cartas cruzadas entre los señores J. F. Robertson y Luis Ucrós S. (fs. 94-95 y 144-145), documentos privados reconocidos por el demandado y **pruebas en que directa y exclusivamente se funda la sentencia** recurrida y de las cuales, principalmente de la dirigida por el demandado al señor Robertson de la Pitney Bowes Inc. **deduce** el Juzgador de segunda instancia la existencia del elemento jurídico **consentimiento**, indispensable a la terminación del contrato. Basta leer con algún detenimiento este documento, para encontrar a simple vista el error, cometido, ya que en él no se encuentra más que una referencia comercial, dada entre comerciantes, o acaso una manifestación de cortesía del mismo carácter, pero en manera alguna el **acto de voluntad expreso** que supone el consentimiento contractual. Este documento además, se dirige a un **tercero**, absolutamente desvinculado del contrato de trabajo entre patrono y trabajador y deducir una **responsabilidad** del patrono por sus expresiones, es introducir en una relación jurídica específica y definida, un factor, ex-

traño que la deforma; 3), Por falta de apreciacion, la prueba que consiste en el hecho de que el trabajador tenía a su cargo la venta de los renglones de mercancías, las de marca Pitney-Bowes, y las de marca Addessograph; y por la misma razón la que consiste en el hecho de que en el negocio del patrono demandado quedaba, una vez suspendida la representación de la línea Pitney Bowes, una cantidad considerable de mercancía de esta marca, para ser vendida, por un valor aproximado de $ 50.000.00. Estos dos hechos destruyen absolutamente la deducción hecha por el fallador de segunda instancia y fundamento secundario de la sentencia, de que suspendida la representación, para el patrono, de la línea Pitney Bowes, el contrato de trabajo quedaba sin objeto y terminaba automáticamente. Estos hechos aparecen probados así: El que se refiere a los dos renglones de mercancías, con la confesión del trabajador-demandante que aparece en los siguientes documentos privados, por él reconocidos: Afirmación del hecho 2º de la demanda (f. 2 del exp.); factura para Industria Colombiana de Llantas, S. A. (f. 39 del exped.); cartas de los folios 40 a 43, reconocidas al contestar la posición décimacuarta; contrato de trabajo (f. 27 y ss. del exp.); facturas de los folios 49, 50, 52, 53 y 54, reconocidas por el actor al absolver la posición décimaquinta; y confesión en particular, al absolver las posiciones números 12 y 13; y, el que se refiere a las existencias de mercancías, con los testimonios de los señores Juan C. Ayala F., Tarcicio Alvarez García, Bernardo Camacho Romero (fs. 66 a 71 del exp.) y con la Inspección Ocular practicada por el Juzgado, folios 112 a 116; y, B). La sentencia viola la ley sustantiva por aplicación indebida, en las disposiciones contenidas en los artículos 64, 65 y 249, referentes a las consecuencias de la terminación del contrato de trabajo, por cuanto aplica las dos últimas disposiciones citadas a un contrato que no ha terminado; y deja de aplicar la primera a una ruptura unilateral e ilegal del contrato, absolutamente demostrada".

Se considera

Como puede observarse, la acusación es aparentemente contradictoria, por cuanto por un lado afirma el impugnador que no está demostrada la terminación del contrato y por otra, que se encuentra probado que el demandante rompió unilateralmente el vínculo contractual. Con base en lo primero, niega que el demandado esté obligado a pagar el auxilio de cesantía, y con apoyo en lo segundo, pide se condene al trabajador a indemnizar perjuicios. Esta contradicción se debe a que el recurrente considera que el contrato de trabajo no termina por decisión unilateral de las partes sino en los casos previstos por el Código Sustantivo del Trabajo, y que cuando una de las partes lo rompe unilateralmente, sin que exista ninguna de dichas causales, es necesario que el contrato se resuelva judicialmente para que se considere terminado. Esta confusión en que incurre el recurrente ha sido aclarada por la jurisprudencia de esta Sala, y así, en sentencia de 22 de septiembre de 1959, dijo lo siguiente: "El derecho del trabajo quiere reglas sencillas y una interpretación natural de los textos legales, para que se cumpla su finalidad, que es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y obreros, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. Conforme a este criterio, que orienta al Código Sustantivo del Trabajo, no es errado estimar, como ocurre en el caso sub-judice, que en las relaciones de trabajo subordinado no puede aplicarse la misma tesis jurisprudencial, válida en materia civil, ya que en ellas se acepta y establece la decisión unilateral como un modo idóneo para terminar el contrato de trabajo. De esta suerte, si en materia civil la declaración judicial de haber acaecido el evento de la condición resolutoria tácita, como presupuesto para la reclamación de perjuicios, tiene por finalidad disolver el vínculo jurídico que ligaba a las partes contratantes, y ese objetivo —el de terminación— ya se ha realizado en el contrato de trabajo mediante la decisión unilateral del patrono que efectúa el despido del trabajador, no es indispensable que se demande y produzca judicialmente la declaratoria de resolución, de lo que ya aparece determinado o disuelto, para obtener la indemnización de perjuicios que acarrea el incumplimiento del contrato". Lo que afirma la jurisprudencia

citada respecto del despido ejecutado por el patrono, puede decirse del retiro del trabajador. La resiliación del contrato de trabajo está prevista en nuestra ley laboral. Ella puede ser justa, como en las causales señaladas en los artículos 61 y 62 del C. S. del T. Contractual, o sea cuando se hace uso de la cláusula de reserva, reglamentada por el artículo 48, e ilegal, cuando no se origina en ninguno de los casos anteriores. Así es que en caso de despido o retiro, legal o ilegal, el contrato se resuelve ipso-facto, y no es necesario que judicialmente se declare la resolución. Si la ruptura ha sido injusta o ilegal, se causa la indemnización de perjuicios a cargo de la parte que rompió unilateralmente el contrato de trabajo. Como dijo el Tribunal Supremo del Trabajo: "El legislador no prohibe el rompimiento unilateral del contrato. Lo sanciona". No otro es el alcance del artículo 64 del C. S. del T.

Sentado lo anterior, se estudiará en primer lugar si el Tribunal incurrió en error de hecho al dar por demostrado que el contrato de trabajo entre demandante y demandado terminó el 30 de septiembre de 1954.

Según el recurrente, la confesión del demandante contenida en las respuestas dadas a las posiciones 5ª y 17ª, así como unas facturas canceladas con posterioridad al 30 de septiembre de 1954, son demostrativas de que el contrato de trabajo no había terminado, pues el demandado estaba reclamando el 14 de febrero de 1955 las comisiones por las ventas a que se refieren dichos documentos, petición que únicamente podía hacerse con base en la vigencia del contrato de trabajo. Al absolver la posición 7ª el demandante aceptó que las operaciones realizadas con Calzado La Corona, Banco de Bogotá y Administración del Correo Nacional, fueron pagadas por los compradores después de septiembre de 1954, y en la posición 17ª, reconoció que entregó el 14 de febrero de 1955 a Daniel González, empleado o representante de Ucrós, los documentos que aparecen a folios 16 y 17. Ahora bien, el documento que obra a folio 16 es un recibo o cuenta de cobro firmado por Harold Turek, por comisiones de ventas hechas a La Corona y Caja de Crédito Agrario. Escrita a máquina tiene un epígrafe que dice: "Comisiones Pitney Bowes septiembre 1954". Debajo de la firma una nota, también escrita a máquina, de este tenor: "Falta pasar comisiones por la segunda máquina para La Corona y todos los elementos Pitney Bowes, junio, julio, agosto y septiembre. Vale. Luego aparecen unas iniciales. Por último, escrito a mano, se lee lo siguiente: "OK. Por Luis Ucrós. Daniel González. Sept. 1954". El documento a folio 17 tiene como título "Comisiones Pitney Bowes pendientes" y se refiere a unas máquinas vendidas a Calzado La Corona, una báscula vendida al Banco de Bogotá y dos elementos a la Admón. Correo Nacional. Está firmada por Harold Turek. Al final hay una anotación escrita a mano que dice: "Sept. de 1954. Presentada en febrero 14 de 1955". A folios 18 a 26, se encuentran unas facturas canceladas a Luis Ucrós por Calzado La Corona, el 16 de noviembre de 1954; del Banco de Bogotá, cancelada el 18 de noviembre de 1954, y del Ministerio de Comunicaciones, cancelada el 30 de noviembre de 1954. De estas pruebas se desprende que las comisiones que fueron pagadas a Harold Turek correspondían al mes de septiembre de 1954. Que los compradores hubiesen cancelado las facturas con posterioridad al 30 de septiembre de 1954, y que Turek presentara las cuentas en febrero de 1955, no quiere decir que el contrato de trabajo estuviese vigente en esa fecha, pues las ventas las hizo el demandante antes de retirarse, y únicamente podía percibir las comisiones cuando el precio fuese cancelado. La remuneración era debida por el patrono, no porque el contrato estuviere vigente, sino porque el trabajo se había realizado durante su existencia. Así es que estas pruebas no demuestran, como dice el impugnador, que el vínculo contractual entre Ucrós y Turek no terminó el 30 de septiembre. Por lo tanto no incurrió el sentenciador en el error evidente de hecho que se le atribuye.

Cuanto a la causal de terminación del contrato, sostuvo el Tribunal que fue por mutuo consentimiento. Alega el recurrente que el sentenciador apreció mal las pruebas con base en las cuales llegó a esa conclusión. Conviene transcribir lo que sobre el particular dijo el **ad-quem**: "Al pregun-

társele en posiciones a Luis Ucrós si es verdad que él sabía que la firma Pitney Bowes dejaría de ser exclusividad suya para la venta de sus productos en Colombia, desde el 1º de octubre de 1954, aceptó el hecho, aclarando que él renunció dicha representación. Confiesa también que la firma ya nombrada, muy cortésmente le escribió contándole que tenía varios candidatos, entre otros el señor Turek, para que se hicieran cargo de la representación, por lo cual le pedían emitiera su concepto sobre dicho señor. El absolvente contestó la carta de fecha 10 de septiembre de 1954 cuya parte pertinente debe transcribirse: " Por la presente le expreso mi agradecimiento por su aviso de que, al hacer preparativos para el incremento de las actividades de ventas y servicio en Colombia, Ud. dé la primera oportunidad para la aceptación de su propuesta al señor Harod Turek. Por mi parte está muy bien y he dado al señor Turek completa libertad para considerar su propuesta, y ciertamente espero que él estará en posibilidad de aceptarla". (subraya el Tribunal) —véanse folios 87 y 94)—. Se trajo a los autos también la traducción oficial de un documento escrito en inglés en el cual consta que Harold Turek ha sido nombrado por la Pitney Bowes como agente de ventas y "de servicio exclusivo para la República de Colombia" a partir del 1º de octubre de 1954. Hay más: en la carta enviada por la firma últimamente nombrada al señor Ucrós, con fecha 1º de septiembre de 1954 y que dio lugar a la contestación que éste dio en la documental, en parte transcrita antes, se le comunica que desde el 1º de octubre de 1954 se ha decidido "dar la primera oportunidad para aceptación o rechazo de nuestra propuesta al señor Harold Turek. Aun cuando tenemos una multitud de solicitantes, creemos que nuestros propósitos pueden llevarse a cabo en buena forma si el señor Turek consiente en fomentar nuestros intereses". "Por lo tanto, hemos presentado nuestra propuesta al señor Turek para que la considere". Las documentales hasta ahora examinadas indican, muy a las claras que 29 días antes de retirarse el demandante, Ucrós fue enterado de que Pitney Bowes le daría la representación, al actor de manera exclusiva, en el territorio colombiano. Por otra parte, el demandado no tuvo inconveniente en manifestar, por escrito, que dejaría a Turek en absoluta libertad para considerar la propuesta en cuestión, agregando que esperaba que él estuviera en posibilidad de aceptarla. Es elemental suponer que si él no hubiera estado de acuerdo con la terminación del contrato, así se le hubiera hecho saber al actor, tanto más si se tiene en cuenta que en la documental de folio 27 en la cláusula primera se pactó la exclusividad por parte de Turek para con Ucrós "no pudiendo incorporar su capacidad de trabajo a patrono distinto". Ahora bien: la circunstancia de que la casa Pitney Bowes no le hubiera notificado al demandado, como éste afirma en posiciones, que Turek fue nombrado el representante de ella, no le resta valor a las documentales antes estudiadas y de las cuales deduce el Tribunal que Ucrós sí tuvo conocimiento del retiro de Turek para ir a trabajar a la firma ya nombrada. Y que, en efecto, el demandante estuvo laborando para la última desde el 1º de octubre de 1954 es cuestión que está demostrado, entre otras pruebas con la declaración de Daniel González quien es el apoderado general de don Luis Ucrós y el administrador del almacén de propiedad de éste. Lo visto hasta ahora lleva al ánimo del juzgador la convicción de que el contrato de trabajo de que trata el presente juicio se dio por terminado en virtud del mutuo consentimiento de las partes, siendo por tanto improcedente entrar a estudiar la condena solicitada en el numeral primero de la demanda de reconvención y que trata de los perjuicios que el actor debe pagar al contrademandante por haber roto el contrato en forma unilateral y sin previo aviso".

A juicio de la Sala no es errónea la interpretación que dio el Tribunal a las pruebas que analiza, pues no es ilógico considerar que al tener conocimiento Ucrós de que Turek sería designado representante de Pitney Bowes, y no oponerse a esta designación, ni manifestarle al empleado su desacuerdo, estaba consintiendo tácitamente en el retiro de éste, máxime si, como lo dice el sentenciador, Turek se había obligado a trabajarle exclusivamente. Esta convicción no peca contra la lógica, y a ella podía llegar el fa-

llador dentro de la autonomía de que goza para apreciar las pruebas. Y como no hay ninguna que demuestre lo contrario, debe respetarse en casación, por no haber incurrido en error evidente de hecho.

Por último, considera el recurrente que no está demostrado que el demandante se dedicase exclusivamente a vender máquinas Pitney Bowes, por lo cual no puede considerarse terminado el contrato de trabajo por habérsele retirado al demandante la representación de dicha casa. Cabe observar que el Tribunal no estimó que ésta hubiese sido la causal de terminación del contrato. Si se refirió a la cláusula cuarta del contrato, en donde entre otras causales de terminación aparece que éste finalizaría en el evento de "que las casas cuyas representaciones en Colombia, tiene el patrono, retiren o suspendan dichas representaciones al patrono", lo hizo únicamente a manera informativa, sin que afirmase que por el cumplimiento de dicha causal terminó el contrato de trabajo.

Por no haber incurrido el ad-quem en los errores de hecho que le atribuye el recurrente, no prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral.

Costas a cargo del recurrente.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, José Joaquín Rodríguez.
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION PARA TRABAJADORES FERROVIARIOS DE TALLERES

Se debe desde la terminación del contrato, después de veinte años de servicio, y no apenas a partir de su reclamo. — Reintegro de cesantía definitiva. — Exclusión de ésta por la jubilación. — Proposición jurídica incompleta cuando el precepto singularizado es simplemente reglamentario y no se relaciona con la disposición legal reglamentada. — Supuesto del error de derecho en la casación laboral.

1. Conforme al Art. 1º de la Ley 63 de 1940, los trabajadores de los talleres ferroviarios tienen derecho a la pensión de jubilación después de "cumplir los veinte años de servicios, continuos o discontinuos, cualquiera que sea la edad". Y como el fallo recurrido no reconoce tal pensión al actor sino a partir del día en que cumplió la edad de cincuenta años, prevista en el régimen jubilatorio general, dejó de aplicar dicha norma sustantiva a un caso regulado específicamente por ella, como consecuencia de aquel error.

2. Para ordenar el reintegro de la cesantía definitiva correspondiente a los primeros veinte años de servicios del ferroviario pensionado, mediante la compensación de las respectivas mesadas, el sentenciador se apoya en la jurisprudencia de la Corte sobre la exclusión de la cesantía por la jubilación, que es un fenómeno previsto en normas sustantivas muy distintas de las que el recurrente invoca.

3. El gravamen de que la sentencia violó el Art. 17 del Decreto 1471 de 1932, que manda reconocer las pensiones ferroviarias "desde el día en que el empleado u obrero haga la solicitud correspondiente, siempre que en tal día se reúnan las condiciones para adquirir el derecho", no contiene una proposición jurídica completa, pues el precepto que singulariza corresponde a un decreto simplemente reglamentario, por lo cual era indispensable, para su recibo en esta sede, relacionarlo con la respectiva disposición legal reglamentada. Por lo demás, en el supuesto de que ésta fuera la Ley 1ª de 1932, en ninguna de sus disposiciones se halla implícito el principio que aquel decreto consagra.

4. La Ley 53 de 1945 fue apenas reformatoria de la legislación precedente sobre pensiones ferroviarias, sin abrogarla en su totalidad. Dejó vigente por lo mismo, el Art. 1º de la Ley 1ª de 1932 (salvo en cuanto a la edad jubilatoria), que reza en lo pertinente: "Todo empleado u obrero de edad no inferior a cincuenta y cinco años (modificación: cincuenta años) que haya servido por espacio de veinte años, continua o discontinuamente, a una empresa ferroviaria oficial o particular, tiene derecho a que ésta le pague, en el caso de su retiro (subraya la Sala), una pensión mensual vitalicia de jubilación".

El sentido prístino de este ordenamiento legal no puede ser otro que el de que, "en el caso de su retiro", el trabajador ferroviario que llenara ambos requisitos (tiempo de servicio y edad) tuviera derecho a la pensión. ¿Desde cuándo? Obviamente, desde que adviniera el evento previsto, o sea el caso de retiro.

Y si el Art. 1º de la Ley 53 de 1945 no hizo más que rebajar a cincuenta años la edad requerida para la jubilación ferroviaria general, todo aquél que a su retiro hubiera cumplido veinte años de servicio y

cincuenta de edad debía empezar a gozar de la pensión desde entonces, tal como lo entendió el Tribunal de Bogotá en el fallo impugnado.

Para subordinar el nacimiento de ese derecho a otra condición adicional (la solicitud del trabajador, en este caso), no exigida por la ley, era menester un nuevo precepto de igual jerarquía, pues no podía ser bastante un simple reglamento ejecutivo. Así ocurrió con la jubilación de los trabajadores particulares, instituída en el Art. 14, literal c) de la Ley 6ª de 1945, con los mismos presupuestos de edad y tiempo de servicio; para condicionar su efectividad a la petición del beneficiario fue indispensable un decreto con fuerza de ley, el Código Sustantivo del Trabajo, cuyo Art. 262 rigió las relaciones individuales de trabajo de carácter particular desde el 1º de enero de 1951 hasta su abrogación por la Ley 71 de 1961.

5. Para demostrar la fecha de un reclamo la ley no exige ninguna prueba solemne, que es el supuesto del error de derecho en la casación laboral conforme al ord. 1º del Art. 87 del C.P.L. De otro lado, ya se anotó atrás que la invocación aislada de una disposición reglamentaria como infringida, sin relacionarla con la norma legal correspondiente, no es de recibo en esta sede.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., agosto veintitrés de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade).

Ambas partes acusan en casación la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, que decidió en segunda instancia el juicio ordinario de trabajo instaurado por **Fernando Martínez Cuzaría** contra los **Ferrocarriles Nacionales de Colombia** para que éstos le reconocieran pensión de jubilación por sus servicios como obrero de talleres durante más de veinte años. Dicha sentencia decretó la pensión desde el 10 de octubre de 1956 hasta el 31 de diciembre de 1959 a razón de $ 249.21 mensuales, y desde el 1º de enero de 1960 en adelante en cuantía de $ 358.24, y autorizó la aplicación de las mesadas hasta compensar el monto de la cesantía definitiva pagada al actor por los primeros veinte años de servicio, o sean $ 6.228.22.

El recurso del actor pretende que la pensión de $ 249.21 se reconozca desde el 4 de septiembre de 1951; que desde enero de 1960 se eleve a $ 393.24, y que en vez de la compensación integral de las mesadas se deduzca de éstas una cuota (5% o 10%) hasta cancelar la deuda por cesantía. Los Ferrocarriles persiguen, a su vez, que la pensión solamente se reconozca a partir del 2 de noviembre de 1960, sin insistir en su tesis de la primera instancia que rechazaba el derecho a la jubilación porque el trabajador había optado válidamente por la cesantía.

Con apoyo en la causal primera de casación laboral, formula el actor tres cargos, a saber:

a) Infracción indirecta de los Arts. 1º de la Ley 63 de 1940, 5º y 6º de la Ley 53 de 1945 y 8º del Decreto 2340 de 1946, a causa de error de hecho "por no haber apreciado o apreciado mal" los documentos de fs. 33 a 38, los cuales evidencian, según el acusador, que el trabajo se realizó en la sección de talleres, cuyos operarios están exentos del requisito de la edad para su jubilación. La empresa, oponiéndose al ataque, sostiene que no puede ser estimado porque omite expresar el concepto de la violación de las normas que señala como infringidas.

Se considera

El reparo técnico del opositor pierde su fuerza ante la argumentación con que el recurrente pretende sustentar el cargo, pues al decir éste que "mal podía dejar de aplicarse tales ordenamientos", subsana la omisión inicial y concreta el concepto de la violación legal atribuída a la sentencia.

La sentencia, por el aspecto a que el impugnante limita su gravamen, se expresa así:

"Igualmente es cierto, como acertadamente lo anota el juzgador de primera instancia, que en el momento de la terminación del contrato de trabajo el trabajador no podía reclamar la pensión de jubilación

por faltarle el requisito de la edad requerida para ello... "El derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación al completar veinte años de servicio, sin tener en cuenta la edad del trabajador, solamente les corresponde a los ferroviarios que desempeñen funciones de maquinistas, fogoneros, ayudantes de fogoneros, trabajadores de calderos, fundidores y mineros (agosto 1º, Ley 206 de 1939), a los trabajadores de los talleres (Art. 1º de la Ley 63 de 1940), a los mecánicos ajustadores y sus ayudantes, mecánicos y ayudantes de autoferros, motores de explosión, revisadores de material rodante y frenos de aire, motoristas y ayudantes de autoferros (Arts. 6º y 7º de la Ley 53 de 1945), todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 53 de 1945, estatuto especial para los ferroviarios.

"Según el certificado expedido por la empresa demandada a solicitud del Juzgado y que obra al folio 34, se demuestra que el demandante desempeñó funciones como obrero de carpintería y tapicería y luego como tapicero y carpintero de segunda y de primera. Luego sus funciones no estaban incluidas en las de aquellos trabajadores a quienes conforme a las normas legales antes citadas, se les otorga derecho a la pensión de jubilación por veinte (20) años de servicios, cualquiera que sea su edad al momento de su retiro".

El certificado que el sentenciador cita, y cuya errada apreciación le imputa el recurrente, reza en lo pertinente:

"La Gerencia de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia a solicitud de la Juez 4º Laboral del Circuito, y de acuerdo con los datos existentes en el Archivo General, certifica:

"Que el señor Fernando Martínez Cuzaría prestó servicios a la División Central de los FF. CC. Nacionales, en la forma siguiente:

"Ingresó el 26 de abril de 1926 y trabajó hasta el 4 de septiembre de 1951, con un tiempo total de veintidós (22) años, dos (2) meses y veintinueve (29) días.

"Que durante su tiempo de trabajo desempeñó las funciones de obrero de conservación en el año de 1926, obrero de carpintería en los años 1927 y 1928, obrero de tapicería de 1929 a 1934, obrero de carpintería de 1935 a 1936, tapicero del año 1937 al 38; carpintero de segunda y de primera entre los años de 1939 a 1951".

Es fácil observar que en este certificado no consta que el actor haya desempeñado sus funciones en la sección de talleres. Su estimación por el Tribunal resulta acertada, e infundada la glosa del acusador.

No ocurre lo mismo con el documento visible a Fls. 35 a 38 del cuaderno principal, remitido al Juzgado del conocimiento por los Ferrocarriles, con la nota de Fl. 33. Se trata del oficio por medio del cual el abogado-jefe de la Sección Jurídico-Social decide la reclamación del señor Martínez Cuzaría sobre jubilación, así:

"Por medio del presente me permito dar respuesta a su memorial de junio 14 de 1956, en el cual solicita usted de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia Sección Jurídico-Social el reconocimiento de la pensión mensual vitalicia de jubilación del ex-trabajador citado en la referencia, en virtud de que reune los requisitos necesarios establecidos por las normas legales, para ser acreedor a esta prestación.

"....

"Del estudio minucioso de los documentos que obran en el expediente, se desprende que Martínez C. laboró al servicio de los FF. CC. NN. por un tiempo de 22 años, 3 meses y 29 días, comprendidos entre el 26 de abril de 1926 y el 14 de septiembre de 1951, fecha en que se retiró definitivamente de la Empresa.

"En cuanto al requisito de la edad, por mandato expreso de la Ley 53 de 1945, habida consideración de las actividades desempeñadas durante la relación jurídico-laboral, que lo fueron en la Sección de Talleres, queda exonerado completamente de satisfacerlo.

"....

"Sobre la solicitud que ahora formula usted, la Sección Jurídico-Social no accede a decretar la prestación impetrada en virtud de las siguientes consideraciones legales:

"El artículo 1556 del Código Civil define: "Obligación alternativa es aquélla por la cual se deben varias cosas, de tal ma-

nera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras".

"Siendo la jubilación y la cesantía de la índole de las obligaciones alternativas, puede jurídicamente hablarse de que el pago se encuentra satisfecho cuando el patrono ha cubierto la que prefirió el trabajador. La opción en el ámbito del Derecho Laboral, tiene lugar cuando coexistiendo dos prestaciones incompatibles derivadas de un mismo contrato, se faculta al trabajador para que escoja la que le pareciere más conveniente, como en el caso de la jubilación y la cesantía. La opción entre la una y la otra sólo es posible cuando las dos son simultaneamente exigibles, en forma que el trabajador al decidirse por cualquiera de ellas con entera libertad, reciba de inmediato un beneficio económico.

"El artículo 172 del extinguido Reglamento del Trabajo de los Ferrocarriles Nacionales dice: '"La pensión de jubilación es incompatible con el auxilio de cesantía correspondiente a los 20 años de servicio que sirven de base legal para el reconocimiento de la pensión jubilatoria. En consecuencia, cuando el trabajador tenga derecho a la pensión de jubilación y al auxilio de cesantía, deberá optar, por escrito, por una de las dos prestaciones"'.

"El reclamante Martínez C., tenía al tiempo de su retiro definitivo de los FF. CC. NN. más de 20 años de servicio sin que para poder entrar a gozar de su derecho a la pensión jubilatoria tuviese necesidad de acreditar el requisito de la edad. Si optó libremente por el auxilio de cesantía, fue porque consideró que esta prestación lo beneficiaba económicamente en mejor forma que la pensión, y la Empresa cubrió su obligación en forma completa y legal.

"El derecho de optar entre la jubilación y la cesantía, era de estricta aplicación para la fecha en que el trabajador así lo quiso, aplicación que tenía su procedencia en claros y precisos mandatos legales. A partir del 25 de marzo de 1955, es decir, con posterioridad al retiro de Fernando Martínez C., las reclamaciones laborales entre la empresa y sus trabajadores se rigen por el C. S. del T. El artículo 266 del Estatuto Laboral citado, dice que la pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, lo que quiere decir que el legislador hizo imperar la conveniencia de que la jubilación fuera un derecho que de todas maneras se le decretara de preferencia al trabajador, sin que interviniera para nada la voluntad del beneficiario.

"Ahora bien, como cuando se operó el fenómeno de la opción, existían las disposiciones legales que la hacían posible, ésta es una situación definida e inmodificable, sin que pueda hoy aspirarse a que a cambio de la cesantía definitiva que recibió, se le decrete ahora la pensión de jubilación, reembolsando los valores de la prestación antes citada.

"Con base en lo anteriormente expuesto, me permito manifestar a usted que el exferroviario **Fernando Martínez C.**, no tiene derecho a la pensión jubilatoria, así sea reembolsando la suma que éste recibió por concepto de cesantía definitiva.

"Contra lo expuesto en la anterior negativa usted podrá recurrir ante la Gran Comisión de Conciliación y Arbitraje de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, conforme a lo estatuído en la Convención Colectiva, celebrada entre la Gerencia General de los Ferrocarriles Nacionales y la Entidad Sindical denominada Ferrovías celebrada el 30 de agosto de 1956".

El Tribunal no tuvo para nada en cuenta el documento que se acaba de transcribir, pues de haberlo estimado, relacionándolo con el de Fl. 34, habría dado por demostrado que el actor fue un trabajador "de los talleres". El error de hecho que el cargo predica es, pues, manifiesto.

Ahora bien: conforme al Art. 1º de la Ley 63 de 1940, los trabajadores de los talleres ferroviarios tienen derecho a la pensión de jubilación después de "cumplir los veinte años de servicios, continuos o discontinuos, cualquiera que sea la edad". Y como el fallo recurrido no reconoce tal pensión al actor sino a partir del día en que cumplió la edad de cincuenta años, prevista en el régimen jubilatorio general, dejó de aplicar dicha norma sustantiva a un caso regulado específicamente por ella, como consecuencia de aquel error.

Prospera el cargo, en cuanto a la fecha inicial de la pensión, y al casarse en esa parte la sentencia la Corte, en función de

instancia, dispondrá en su lugar que el reconocimiento se haga a partir del 5 de septiembre de 1951.

En los párrafos finales de la sustentación de este mismo cargo el recurrente invoca el Art. 9º de la Ley 151 de 1961 para cohonestar su aspiración a la reforma del fallo en lo atinente al sistema que éste ordena para el reintegro de la cesantía definitiva, pero omite indicar en qué forma el único error de hecho alegado pudo incidir en la violación de una norma cuya aplicación no depende de que el pensionista haya trabajado o no en talleres. Este aspecto de la acusación formulada por vía indirecta no puede ser estimado.

b) Infracción directa de los Arts. 1º de la Ley 77 de 1959, 1º y 2º de la Ley 171 de 1961, en concordancia con el Art. 1º de la Ley 63 de 1940 y Arts. 5º y 6º de la Ley 53 de 1945.

De este segundo cargo dice el opositor que "no expresa claramente en qué constituye la infracción directa de las disposiciones legales citadas" y que, por ser un ataque a la forma numérica como se hizo la liquidación de la nueva pensión, se trata de error aritmético extraño a las finalidades del recurso.

La objeción de los Ferrocarriles es infundada porque el impugnante, en el desarrollo del cargo, expresa con toda claridad que su reparo versa sobre la forma como el sentenciador aplicó al caso de autos la tabla de reajustes pensionales prescrita en el Art. 1º de la Ley 77 de 1959; y no el resultado de las operaciones aritméticas.

La Sala considera

Es cierto que el Tribunal, tomando como base la pensión de $ 249.21 (o sea el 80% de $ 311.52, promedio mensual de 1951) para fijar el aumento ordenado por la Ley 77 de 1959 a partir del primero de enero de 1960, se limitó a agregarle un 35% del referido promedio mensual de $ 311.52 ($ 109.03), y obtuvo los $ 358.24 que decreta. Aplicación a todas luces indebida porque, como observa el recurrente, la ley contempla una escala de porcentajes y no porcentaje único, y porque ordena tomar los porcentajes de la pensión básica y no del salario que haya servido para liquidarla.

La aplicación correcta de la tabla de aumentos, para una pensión de $ 249.21 (1951) es:

Sobre los primeros ... de la pensión (no del salario)	$ 100.00	55%	$ 55.00
Sobre los siguientes ..	$ 100.00	45%	$ 45.00
Sobre el excedente ...	($ 49.21)	40%	$ 19.68
Valor de la pensión ..	$ 249.21		
Total del aumento ...			$ 119.68
Pensión por reajuste .			$ 249.21
Pensión reajustada ..			$ 368.89

La cita de los artículos 1º y 2º de la Ley 171 de 1961 es improcedente, porque esas normas se contraen a las pensiones causadas con posterioridad a la sanción de la Ley 77 de 1959 (19 de noviembre de 1959), y la de autos se causó con mucha anterioridad.

Con el alcance indicado, prospera el cargo o en lugar de lo resuelto por el sentenciador se ordenará el aumento que se deja liquidado.

c) Infracción directa, o subsidiariamente interpretación errónea, del Art. 12 de la Ley 64 de 1946, en concordancia con el Art. 4º de la Ley 49 de 1943, el 9º de la Ley 171 de 1961 y el 27 del Decreto 1611 de 1962.

Explica el acusador que la Ley 64 de 1946 redujo al 10% el descuento que puede hacerse de cada mesada pensional para el reintegro de la cesantía anticipada o el pago de otras deudas, y que la Ley 171 de 1961 rebajó la cuota al 5%, aun para el reembolso de la cesantía definitiva. De donde el Tribunal, cuando ordenaba aplicar la totalidad de las mesadas a compensar los $ 6.228.22 recibidos por el actor a título de cesantía definitiva, infringió por falta de aplicación tales preceptos.

El opositor, sin referirse a la Ley 64 de 1946, redarguye que el artículo 9º de la Ley 171 de 1961 no es aplicable a los trabajadores oficiales, como lo fue el actor, sino exclusivamente a los particulares.

Se considera

Para ordenar el reintegro de la cesantía definitiva correspondiente a los primeros veinte años de servicios del ferroviario pensionado, mediante la compensación de las

respectivas mesadas, el sentenciador se apoya en la jurisprudencia de la Corte sobre la exclusión de la cesantía por la jubilación, que es un fenómeno previsto en normas sustantivas muy distintas de las que el recurrente invoca. Esto basta para desechar el cargo.

Hasta aquí el recurso del trabajador. El de los Ferrocarriles se concreta igualmente en tres cargos, los dos primeros por vía directa y el último por vía indirecta, deduciéndose de su desarrollo que todos se apoyan en la causal primera de casación laboral.

Según el primer cargo, la sentencia violó el artículo 17 del Decreto 1471 de 1932, que manda reconocer las pensiones ferroviarias "desde el día en que el empleado u obrero haga la solicitud correspondiente, siempre que en tal día se reunan las condiciones para adquirir el derecho", por falta de aplicación.

Se considera

El gravamen no contiene una proposición jurídica completa, pues el precepto que singulariza corresponde a un decreto simplemente reglamentario, por lo cual era indispensable, para su recibo en esta sede, relacionarlo con la respectiva disposición legal reglamentada. Por lo demás, en el supuesto de que ésta fuera la Ley 1ª de 1932, en ninguna de sus disposiciones se halla implícito el principio que aquel decreto consagra.

El cargo es, pues, ineficaz.

Conforme al segundo cargo, el fallo impugnado violó, por interpretación errónea, el artículo 1º de la Ley 53 de 1945. Esta norma, según el impugnante, se limitó a reducir, de cincuenta y cinco a cincuenta años, la edad jubilatoria, sin disponer nada respecto del momento en que deba empezarse a pagar la pensión, asunto que por lo mismo continuó regulado por el artículo 17 del Decreto 1471 de 1932. Y como el sentenciador la entendió en el sentido de disponer que la pensión se adeuda a partir de la fecha en que el beneficiario cumpla los cincuenta años de edad, su interpretación resulta equivocada.

Se considera

La Sala, al encontrar fundado el primer cargo del trabajador, llegó a la conclusión de que el artículo 1º de la Ley 53 de 1945 no es aplicable al presente caso, pues son otras las normas que rigen la jubilación ferroviaria de los trabajadores de talleres. Por tal motivo, este segundo cargo de los Ferrocarriles carece de incidencia sobre las decisiones de la litis.

No prospera, en consecuencia.

Con todo, para la finalidad esencial del recurso de casación conviene expresar que no anduvo descaminado el sentenciador al definir el alcance del precepto glosado. Porque, como lo observa el propio recurrente, esa disposición de la Ley 53 de 1945 fue apenas reformatoria de la legislación precedente sobre pensiones ferroviarias, sin abrogarla en su totalidad. Dejó vigente, por lo mismo, el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932 (salvo en cuanto a la edad jubilatoria), que reza en lo pertinente:

"Todo empleado u obrero de edad no inferior a cincuenta y cinco años (modificación: cincuenta años) que haya servido por espacio de veinte años, continua o discontinuamente, a una empresa ferroviaria oficial o particular, tiene derecho a que ésta le pague, **en el caso de su retiro** (subraya la Sala), una pensión mensual vitalicia de jubilación".

El sentido prístino de este ordenamiento legal no pudo ser otro que el de que, "en el caso de su retiro", el trabajador ferroviario que llenara ambos requisitos (tiempo de servicio y edad), tuviera derecho a la pensión. ¿Desde cuándo? Obviamente, desde que adviniera el evento previsto, o sea el caso de retiro.

Y si el artículo 1º de la Ley 53 de 1945 no hizo más que rebajar a cincuenta años la edad requerida para la jubilación ferroviaria general, todo aquél que a su retiro hubiera cumplido veinte años de servicios y cincuenta de edad debía empezar a gozar de la pensión desde entonces, tal como lo entendió el Tribunal de Bogotá en el fallo impugnado.

Para subordinar el nacimiento de ese derecho a otra condición adicional (la solicitud del trabajador, en este caso), no exi-

gida por la ley, era menester un nuevo precepto de igual jerarquía, pues no podía ser bastante un simple reglamento ejecutivo. Así ocurrió con la jubilación de los trabajadores particulares, instituida en el artículo 14, literal c), de la Ley 6ª de 1945, con los mismos presupuestos de edad y tiempo de servicio; para condicionar su efectividad a la petición del beneficiario fue indispensable un decreto con fuerza de ley, el código sustantivo del Trabajo, cuyo artículo 262 rigió las relaciones individuales de trabajo de carácter particular desde el 1º de enero de 1951 hasta su abrogación por la Ley 71 de 1961.

El tercer cargo de los Ferrocarriles acusa la sentencia por error de derecho, al dejar de apreciar el acta de inspección ocular que es una prueba idónea para acreditar a fecha en que el actor solicitó su jubilación, a causa de lo cual infringió indirectamente el artículo 17 del Decreto 1471 de 1932, al omitir su aplicación.

Se considera

Para demostrar la fecha de un reclamo la ley no exige ninguna prueba solemne, que es el supuesto del error de derecho en la casación laboral, conforme al ordinal 1º del artículo 87 del CPL. De otro lado, ya se anotó atrás que la invocación aislada de una disposición reglamentaria como infringida, sin relacionarla con la norma legal correspondiente, no es de recibo en esta sede. Se desecha el cargo.

Para fundar la decisión de instancia, solo falta agregar que, por prosperar la aspiración del trabajador a que se le apliquen al lapso no contemplado en la sentencia las normas jubilatorias especiales para trabajadores ferroviarios de talleres, en cuanto elimina el requisito de la edad, es forzoso adoptar ese régimen en su integridad. Por tanto, la pensión inicial no podrá exceder de doscientos pesos mensuales, límite fijado por el mismo estatuto, hasta el 10 de octubre de 1956. A partir de esta fecha y hasta el 31 de diciembre de 1959 se mantendrá lo dispuesto en la sentencia, porque la cuantía de la pensión en ese período no fue objeto de ninguna impugnación en el recurso.

A mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en su ordinal primero y, en función de instancia, reforma el ordinal primero del fallo proferido por el Juzgado Cuarto del Trabajo de Bogotá, el cual quedará así:

Primero: Condénase a la entidad denominada Ferrocarriles Nacionales de Colombia a pagar al demandante en este juicio, Fernando Martínez Cuzaría, una pensión mensual vitalicia de jubilación de doscientos pesos mensuales ($ 200.00), desde el 5 de septiembre de 1951 hasta el 10 de octubre de 1956, ambas fechas inclusive; de doscientos cuarenta y nueve pesos con veintiún centavos ($ 249.21) mensuales, desde el once (11) de octubre de 1956 hasta el 31 de diciembre de 1959, ambas fechas inclusive, y de trescientos sesenta y ocho pesos con ochenta y nueve centavos ($ 368.89) mensuales, del primero de enero de 1960 en adelante. 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.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SITUACION JURIDICA DE SIMPLE INTERMEDIARIO A TENOR DEL ARTICULO 35 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Convenio entre la Caja de Crédito Agrario y el Instituto Tecnológico de Chicago. — Contrato de trabajo entre la Fundación y el actor. — Relación entre el contratista independiente y el simple intermediario. — Obligaciones solidarias entre las dos entidades con el trabajador. — De acuerdo con lo previsto en el artículo 1757 del C. C., incumbe probar las obligaciones a quien las alega. — La acción solidaria del trabajador contra el beneficiario de la obra es una simple garantía legal y sólo procede probada la existencia de la deuda frente al patrono o contratista. — Alcance del artículo 34 del C. S. T.. — El error de derecho en la casación laboral. — Análisis de la prueba testimonial.

1. La Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del alcance del artículo 34 del C. S. T., en cuanto hace a la acción solidaria contra el beneficiario del trabajo, dueño de la obra o base industrial y sus presupuestos, en fallos de 23 de septiembre de 1960 (G. J. Tomo XCIII, segunda parte, Págs. 610 y siguientes) y 11 de agosto de 1964 (juicio de Cristóbal Oviedo y Jesús María Domínguez y la Empresa Colombiana de Petróleos). Según la doctrina contenida en estos dos fallos, para la viabilidad de la acción contra el beneficiario se requiere la prueba de la doble relación jurídica de que en ellos se habla respecto a los sujetos de una y otra.

2. El trabajador, en el supuesto de la norma contenida en el artículo 34 del C. S. T., tiene dos deudores; de los dos, deudor principal y directo es el contratista independiente, su patrono; el beneficiario es simple fiador, porque el negocio por el aspecto laboral interesa primordialmente al contratista. Que ello es así lo corrobora la disposición final del susodicho precepto, según la cual, no impide la solidaridad que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso, "o para que repita contra él lo pagado a sus trabajadores".

Como se ve, la obligación a cargo del beneficiario es una garantía de pago. El compromiso del beneficiario, en cuanto la ley lo obliga a pagar la totalidad de la deuda, no tiene objeto que le sea propio, lo mismo que el del fiador que se obliga a pagar una deuda ajena si el deudor principal no la satisface. En el fondo, la solidaridad de que se trata es una fianza. Sobre ésta tiene la ventaja de que no constituye obligación subsidiaria que dé derecho a los beneficios de excusión y división de que gozan los fiadores, porque los codeudores solidarios, respecto del acreedor, deben cada uno, la totalidad de la deuda. Pero en sus relaciones jurídicas la deuda es divisible entre ellos, y cada uno no es deudor de la obligación sino en cuanto a la parte que tiene a causa de la deuda. Se apoyan los anteriores conceptos en lo previsto por el artículo 1579 del C. C..

3. Si de los dos deudores solidarios, el trabajador escoge al contratista independiente, al juicio no tiene por qué citar al beneficiario, porque aquél es su deudor directo y principal. Pero si pretende ejercitatar contra el beneficiario de la obra o labor la acción solidaria, debe acreditar la existencia de la obligación principal en juicio contra el contratista, porque, como se ha visto, la posición de aquél es la de fiador

frente al principal obligado. No basta entonces, como lo sostiene el acusador, dirigirse únicamente contra el beneficiario.

4. Pueden asumir la condición de contratista independiente: una persona natural, o una empresa, sea ésta o no persona jurídica; la empresa que se organice con el fin de ejecutar una obra o labor o la que se haya constituido con carácter permanente para la prestación de servicios en determinadas actividades. No tiene, pues, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo alcance restringido.

5. En la casación del trabajo el error de derecho sólo se produce cuando se dé por establecido un hecho respecto del cual la ley exija prueba solemne para su validez, y cuando deje de apreciarse una prueba de tal naturaleza, siendo el caso de hacerlo (artículo 87 del C. P. L., inciso de su numeral 1º).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veintitrés de agosto de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez).

Comparece en casación, acusada por la parte demandante, la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario laboral iniciado por Hall Ellis contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Antecedentes

Tuvo su origen la controversia en los hechos que relata la demanda inicial; prescindiendo de los simplemente accesorios, los fundamentales son, en resumen, los siguientes:

Según contrato de fecha 24 de febrero de 1955, la entidad denominada "Armour Research Foundation of Illinois Institute of Tecnology", con sede en la ciudad norteamericana de Chicago, se obligó a prestarle servicios de ayuda y asesoría técnica a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en el ramo de la agricultura, obligándose ésta a reembolsarle los gastos que aquélla tuviera de hacer en la ejecución del contrato. En desarrollo de éste, la Armour o Fundación tomó a su servicio a Hall Ellis, según consta en la carta del 3 de abril de 1956. La nota dice que el servicio, iniciado desde el 19 de marzo del año citado, terminaría el 6 de marzo de 1958; como función del empleado señala la de director de investigaciones residente, y fija su remuneración así: un sueldo mensual de US$ 900.00, aumentado en un 25 por ciento si la labor se cumplía fuera del territorio de los Estados Unidos, con derecho, en el mismo caso, a una prima de sostenimiento de US$ 335.00, siendo también de cargo de la Armour los viáticos y gastos de transporte.

La dirección de inmigración del país, a solicitud de la Caja, le otorgó visa a Hall Ellis para su ingreso al territorio nacional, según lo acredita la nota de aquella oficina del 26 de marzo de 1956. Desde el 9 de abril de ese año el actor comenzó a prestar sus servicios como director del Instituto de Investigaciones Tecnológicas de la Caja, bajo las órdenes e instrucciones de sus directivas, recibiendo de aquélla el salario pactado en el contrato que celebró con la Fundación y la suma correspondiente a viáticos. La Caja le dio al demandante el mismo trato que a todo su personal, pues le reconoció, previo concepto favorable de su Sección Jurídica, la prima de servicio de 1956, o sea dos meses de salario por cada año de labores. De este hecho dio cuenta la Secretaría de la institución a la Armour, a efecto de que cargara su valor al saldo en dólares de que trata el contrato celebrado por las dos entidades.

Por medio de la nota del 28 de junio de 1957, el gerente de la Fundación dio por terminado, unilateralmente, el contrato de trabajo con el demandante, a partir del 31 de julio del mismo año. Para tomar esa determinación hizo uso de una cláusula de reserva, inadmisible según la ley colombiana; desde la fecha indicada el trabajador quedó retirado del servicio.

La Caja fue el beneficiario del trabajo prestado por el demandante; pero sea que se considere a la Fundación como contratista independiente o como simple intermediaria, la Caja está obligada a responder solidariamente con aquélla de las prestaciones e indemnizaciones debidas al trabajador. Este le reclamó a la Caja, directamente, su pago, y después en conciliación ante

el Inspector del Trabajo, y a ello se ha negado alegando que entre el establecimiento bancario y el demandante no existió contrato de trabajo, sino entre el reclamante y la Fundación.

La litis

Con fundamento en los hechos expuestos, suplica el demandante que la Caja sea condenada a pagarle, en dólares, lo siguiente: auxilio de cesantía por trabajo en un año y cuatro meses; prima de servicios correspondiente a tres meses de labores; las vacaciones por servicios en un año; perjuicios por ruptura ilegal del contrato; indemnización moratoria y costas del juicio.

La respuesta a la demanda se opone a la prosperidad de sus peticiones. En cuanto a los hechos, niega todo nexo contractual entre la Caja y el actor y la calidad que se le asigna de deudor solidaria de las obligaciones objeto del pleito. Como excepciones dilatorias propuso las de inepta demanda y declinatoria de jurisdicción, y como perentorias, las de carencia de acción, inexistencia de las obligaciones, inepta demanda sustantiva y las demás que resultan probadas en el proceso.

Los fallos de instancia

El de primera, proferido por el Juzgado 2º del Trabajo de Bogotá, llegó a la conclusión de que el demandante fue trabajador dependiente de la Caja, y, en consecuencia, la condena a pagarle: $ 1.910.03 por cesantía; $ 1.460.00 por primas de servicio; $ 730.00 por vacaciones causadas y no disfrutadas; $ 11.211.96 a título de perjuicio compensatorio por ruptura ilegal del contrato; y la suma de $ 37.50 diarios, a partir del 6 de marzo de 1958, por concepto de indemnización moratoria, hasta que la Caja cancele "las prestaciones y salarios". La Caja debe hacer el pago de las condenas, en dólares, o en su equivalente en moneda legal al tipo de cambio de $ 5.80, vigente en 31 de julio de 1957, según certificado del Banco de la República.

El de segundo grado, decisorio del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la anterior providencia, estimó que la Caja no había sido patrono del actor, ni por ningún otro concepto se hallaba obligada a responder de las prestaciones cuyo reconocimiento pretende el demandante y, en consecuencia, revocó el fallo del Juzgado a-quo, absolviendo a la Caja de todos los cargos.

La demanda de casación

Invoca la causal primera y con base en ella formula tres cargos, mediante los cuales persigue la quiebra de la sentencia impugnada, para que, en su lugar, se confirme la de primera instancia, o, en subsidio, se acojan las peticiones de la demanda inicial.

El primero acusa violación directa de la ley y el segundo el mismo tipo de infracción por interpretación errónea. Lo que ambos se proponen demostrar es que la Caja es deudora solidaria de las obligaciones laborales materia del pleito, y que por haberlas desconocido el Tribunal, violó, entre otras normas, los artículos 34 y 35 del CST, aplicables al caso debatido. En vista de lo expuesto, pueden estudiarse los dos cargos conjuntamente, dejando para último el tercero.

Primer cargo. Violación directa de los artículos 2, 13, 14, 23, 24, 34, 35, 64 y 65 del CST, y 18, 20, 21, 22, 1518 y 1571 del C. C.

Sostiene el recurrente que de dichas normas surgen obligaciones solidarias en favor del trabajador y a cargo del contratista independiente y el beneficiario de la obra o labor, o entre el simple intermediario y el verdadero patrono, por lo cual el demandante puede escoger a su arbitrio a cualquiera de los deudores para el pago de sus acreencias. Alega que el Tribunal acepta los hechos básicos del litigio (prestación del servicio por el actor en beneficio de la Caja, su duración y el salario), que, por tanto, bien se tenga en cuenta el contrato entre la Armour y Hall Ellis, o la relación que emerge de la prestación personal del trabajo en favor de la Caja, en ambos supuestos la sentencia ha debido condenar a ésta al pago de las deudas, y como así no lo hizo, su decisión pugna con los textos legales citados, que, por lo mismo, quebranta.

Segundo cargo. Violación de los artículos 34 y 35 del CST y 73 y 74 del C.C. por errónea interpretación.

Para su demostración, dice el recurrente:

Contratistas independientes. Asumen esta categoría, según el artículo 34, las personas que contratan la ejecución de una o varias obras en beneficio ajeno, de lo cual fluye con claridad que son contratistas independientes las personas naturales y jurídicas y no una especie de ellas, como las que, según la sentencia, organizan un grupo de trabajadores para llevar a cabo una obra determinada en beneficio exclusivo de un tercero y, una vez realizada, desaparecen, debido a su carácter transitorio o ad hoc. La norma dice que pueden ser contratistas independientes las personas naturales o jurídicas, luego no puede restringirse su alcance para entender que sólo tienen esa calidad las que se organizan transitoriamente para ejecutar una obra o labor. No se ajusta, pues, el concepto del fallador al contenido de la norma y, por tal motivo, yerra en su interpretación.

Intermediario. Según el Tribunal, es la persona que se encarga de conseguir o enganchar empleados para otro, con lo cual está indicando que quien ostenta esa condición asume una actitud pasiva. No es ese el sentido del artículo 35, porque de acuerdo con esta disposición, es funcional la actividad del intermediario; no sólo agrupa sino que coordina los servicios de determinados trabajadores, y coordinar es actuar con método, conforme a la definición del diccionario de la lengua, misión que no podría cumplir quien sólo tuviera el encargo de enganchar trabajadores. Existen distintas categorías de intermediarios, como la del empleado subordinado y la del autónomo o contratista independiente. El ordenamiento citado comprende las dos categorías, de manera que lo interpreta con desacierto el fallador al afirmar que la Armour, en el contrato que celebró con el actor, no obró con autorización de la Caja, requisito que no exige el inciso 3º de la disposición.

Con referencia al primer cargo, arguye el opositor que no es aceptable porque no cita las normas legales con incidencia en la resolución de derecho, requisito indispensable para su prosperidad en casación. En apoyo de su tesis cita apartes de dos fallos de casación, de 1949 y 1961.

Con relación al segundo cargo, anota el opositor que la sentencia no ha interpretado erróneamente los artículos 34 y 35 del CST. Analiza en detalle los fundamentos de la decisión acerca del significado de las normas, que considera acertados, y agrega: la ley rige en todo el territorio de la República y se aplica a nacionales y extranjeros residentes en Colombia, como lo preceptúan los artículos 2º del CST y 18 del C. C., y ocurre que la Armour es una entidad extranjera, sin domicilio en el país, y sin sucursal, agencia o representante legal en Colombia; luego no le son aplicables los textos citados de la ley laboral.

Consideraciones de la Corte

1. Los fundamentos de hecho en que se basa la acción materia de la controversia son el contrato celebrado por la Caja de Crédito Agrario con el Instituto Tecnológico de Chicago (Illinois) y el que éste concertó a su vez con el demandante Hall Ellis. Para la mejor inteligencia de la cuestión jurídica que la acusación plantea, conviene conocer, en lo pertinente, el contenido de ambos contratos.

a) El convenio entre la Caja y el Instituto extranjero

Consta en documento privado de fecha 24 de febrero de 1955. Se lee en sus considerandos "que la Caja desea organizar y desarrollar un departamento de investigaciones tecnológicas"; que la Fundación, nombre que adopta en el contrato el Instituto de Chicago, está capacitada para suministrar consejo y ayuda técnicos con el fin indicado; y que, en consecuencia, han decidido celebrar el contrato que describen sus cláusulas. Aparece aquél dividido en secciones y éstas en artículos.

"Artículo I. Servicios que deben prestarse".

"A. Por medio del presente contrato la Caja emplea a la Fundación y ésta acepta dicho empleo, y bajo la dirección y supervisión de un designado de la Caja", aquélla se compromete a prestarle el consejo y ayuda adecuados para la organización y desarrollo de un departamento de investigaciones tecnológicas en la Caja.

"B. Bajo este literal se relacionan los servicios que la Fundación se obliga a prestar a la Caja, divididos en tres fases (investigación y programación, organización del departamento y operación del mismo), servicios que debe cumplir por medio de un grupo de profesionales designado por ella, formado por un consultor y un ingeniero residentes y expertos en investigación y desarrollo industrial, el cual integra el personal de campo, y además, la provisión de un personal de la Fundación en Chicago.

"Artículo II. Personal del contratista".

Lo señala esta cláusula y le fija atribuciones. La del literal C) dice que a solicitud de la Caja, la Fundación retirará a cualquier miembro de su personal cuya conducta no satisfaga a la Caja.

"Artículo III. Obligaciones de la Caja".

Inmediatamente llegue a Colombia el personal de campo de la Fundación, la Caja se obliga a determinar la responsabilidad de sus funcionarios para el desarrollo del programa, proporcionarle oficina adecuada y dotación suficiente en equipos y servicios.

"Artículo IV. Compensación y reembolso".

La Caja reembolsará a la Fundación, en dólares, los costos directos y efectivos causados en la misma moneda y en pesos colombianos, así:

Compensación y reembolso en dólares, US$ 161.600.

Costo en moneda colombiana, equivalente en dólares a US$ 41.100.

Total, $ 202.700.

El artículo V determina la forma en que la Caja debe hacer el reembolso de las inversiones que efectúe la Fundación.

El VI declara que ésta asume completa responsabilidad por la prestación eficaz y diligente de los servicios a que se obliga y por su apropiada coordinación. Estipula además que el contrato se interpretará y regirá por las leyes de Colombia.

b) Contrato de trabajo entre la Fundación y el actor

Se halla contenido en la nota del 3 de abril de 1956, dirigida por el gerente de la Fundación a Hall Ellis.

Rezan sus cláusulas:

1º La Fundación conviene en emplear a Ellis como director residente de investigaciones por un período que comienza el 19 de marzo de 1956 y termina el 6 de marzo de 1958, o hasta que se dé por terminado según lo contemplado en el párrafo 7º del contrato. El período de empleo comprende los servicios que el trabajador debe prestar tanto en los Estados Unidos como en Colombia; denominándose éstos trabajos de campo.

2º La Fundación le suministrará al trabajador instrucciones en relación con el objetivo de su empleo y éste le enviará informes periódicos de sus actividades, además de un informe final antes de la terminación del contrato.

3º Señala la retribución de los servicios del empleado, así: un sueldo básico de US$ 900 mensuales, y durante el período en que se encuentre fuera del territorio de los Estados Unidos, un diferencial de ultramar equivalente a un 25 por ciento del sueldo básico, que le será cubierto en dólares y mensualmente.

También se obliga la Fundación (cláusula 4ª) a suministrarle: pasaje aéreo de primera clase de ida a Colombia y regreso, gastos de viaje, y de transporte de efectos personales; y a pagarle: una prima de sostenimiento de US$ 335 mensual en moneda local a la rata del cambio oficial a partir de su llegada a Bogotá y que concluirá a su salida de Colombia, a menos que de otra manera lo solicite el patrocinador del programa, y a reembolsarle en la misma moneda transportes y gastos de viaje en relación con su trabajo en Colombia.

Asimismo tendrá derecho el trabajador a los beneficios que la Fundación otorga a sus empleados, incluyendo vacaciones , y a una póliza de seguros contra accidente y enfermedad por US$ 20.000 (cláusula 5ª).

El contrato puede darse por terminado por cualquiera de las partes, en cualquier momento, previo aviso escrito con anticipación de 30 días por lo menos, dado a partir de la fecha en que se deposite por correo

recomendado dirigido por una parte a la otra (cláusula 7ª).

Y por último, el contrato deberá interpretarse conforme a las leyes del Estado de Illinois (cláusula 8ª).

2. Con relación al contratista independiente y al simple intermediario, dijo el Tribunal en los pasajes de la decisión que cita el recurrente:

De las cláusulas del contrato entre las dos entidades se desprende que los servicios prestados por la Armour beneficiaron a la Caja. Sobre la base de que no se configuró vínculo laboral entre el actor y la Caja, debe estudiarse si entre ésta y la Armour existe solidaridad respecto de las obligaciones que reclama el trabajador.

Hace mérito la sentencia de la acción solidaria que establece el artículo 34 del CST y de la prevista en el artículo 35 ibídem, y al efecto, expone: La solidaridad la estableció la ley para proteger al asalariado, previendo el riesgo de que a la hora de reclamar sus prestaciones no encuentre de quién hacerlas efectivas por insolvencia del contratista independiente o del intermediario, o por haber desaparecido o no ser posible su localización. "Esto por la razón muy clara de que el contratista independiente, verdadero patrono, es la persona que organiza una empresa servida por un grupo de trabajadores, con el fin exclusivo de llevar a cabo una obra determinada en beneficio de un tercero. Y el intermediario es siempre, y esencialmente, un agente contratador de servicios en beneficio de un patrono".

Examina después, separadamente, la institución del contratista independiente y la del simple intermediario, y dice, con referencia a la primera: "El trabajador amparado por la responsabilidad solidaria es el contratado para la prestación de servicios en la ejecución de una obra o labor temporal y transitoria por su naturaleza. Previó el legislador la trashumancia de estos trabajadores y la posible insolvencia de empresas organizadas ad-hoc, con eminente carácter transitorio y que se disuelven una vez realizado su cometido, sin la seguridad de un patrimonio cierto, afecto al pago de las prestaciones debidas".

En vista de que la Armour es una entidad permanente y no transitoria, organizada para prestarle servicios de la Caja, concluye la sentencia que no puede ser calificada como contratista independiente.

Se ocupa luego el Tribunal de la institución del simple intermediario, y al respecto hace estas consideraciones: La Armour no actuó como bolsa de empleo, o como simple entidad encargada de enganchar empleados para otras entidades o personas. El demandante no puede pretender que fue contratado y enviado al país para que la Caja lo recibiera como su trabajador dependiente, porque la correspondencia obrante en juicio demuestra que prestó sus servicios bajo la subordinación de la Armour. En consecuencia llega a la conclusión de que el Instituto Tecnológico extranjero no actuó como simple intermediario, y, por lo mismo, al caso debatido no es aplicable el artículo 35 del CST.

3. En cuanto al primer cargo, la Sala observa:

En concepto del sentenciador, no están probados los hechos básicos de la acción deducida contra la Caja y, por tal razón, se abstiene de aplicar las normas reguladoras del contrato de trabajo, como las concernientes a la responsabilidad solidaria de que tratan los artículos 34 y 35 del CST. Si el caso específico y concreto no encaja dentro de los preceptos legales pertinentes, no se puede sostener, como lo hace el recurrente, que la sentencia los quebrante de modo directo; en tal hipótesis, si el juicio del Tribunal es desacertado, otra sería la modalidad de la infracción legal.

El argumento de que cuando la obligación es solidaria, el acreedor puede dirigir su acción contra cualquiera de los deudores, es inatendible porque parte de la base de que en el proceso es hecho acreditado la existencia de la deuda. Este aspecto será analizado con más detenimiento en el estudio del segundo cargo. Bastó lo dicho para el rechazo de la acusación.

4. Tampoco es viable el segundo cargo, por estas razones:

Al juicio fue citada únicamente la Caja de Crédito Agrario. Según los hechos fundamentales de la demanda, su situación jurídica es, o la de beneficiario de las obras o labores realizadas por el Instituto Tecnológico de Chicago, supuesto en que éste de-

be ser considerado como contratista independiente, o la Caja asumió el papel de patrono y el Instituto el de simple intermediario en los términos del artículo 35, inciso 3º del CST.

5. En opinión del acusador, basta establecer la existencia del crédito frente a uno solo de los deudores solidarios para que los demás queden obligados por la sentencia condenatoria dictada en el juicio contra el demandado. Consecuente con esa tesis opina que para obtener la prueba del derecho es suficiente citar al juicio que se promueva con tal fin, a uno solo de los deudores, y de ahí que considere bien enderezada la acción contra la Caja de Crédito.

Para la Sala ese enjuiciamiento del tema jurídico debatido no es acertado, y no lo es, porque de acuerdo con lo previsto por el artículo 1757 del C. C., aplicable en todo proceso, incumbe probar las obligaciones a quien las alega.

Ahora bien: si de acuerdo con el libelo promotor del juicio la Caja es únicamente beneficiaria del trabajo o dueña de la obra, y el Instituto extranjero contratista independiente, quiere ello decir que éste es el patrono del trabajador demandante y, por tanto, el responsable directo de las obligaciones laborales. De manera que si se pretende el reconocimiento de esas obligaciones de la Caja, con apoyo en el artículo 34 del CST, su existencia debe discutirse en juicio con audiencia del principal obligado, o sea, el nombrado Instituto, porque la responsabilidad de aquélla no depende exclusivamente de su posición como beneficiaria de la obra o labor, sino de la que asume el contratista independiente como patrono. La acción solidaria del trabajador contra el beneficiario es una simple garantía legal, como se deduce claramente del ordenamiento citado; en la hipótesis que se estudia, la acción contra aquél sólo procede probada la existencia de la deuda frente al patrono o contratista independiente.

6. Otra podría ser quizá la conclusión si se atiende a lo dispuesto por el artículo 474, inciso final del C.J. Conforme a esta norma, para los efectos de la cosa juzgada, hay identidad de personas en las obligaciones solidarias e indivisibles. La Sala se abstiene de hacer consideración alguna sobre el alcance del precepto, fundado posiblemente en el principio del mandato recíproco que se supone existir entre los codeudores de tales obligaciones, revaluado por la doctrina jurídica dominante, y no la examina, porque el recurrente no acusa violación del ordenamiento legal.

7. La Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del alcance del artículo 34 del CST, en cuanto hace a la acción solidaria contra el beneficiario del trabajo, dueño de la obra o base industrial, y sus presupuestos. Dijo al efecto, en sentencia del 23 de septiembre de 1960 (G.J. t. XCIII, Segunda Parte, Págs. 910 y ss.) lo que a continuación se transcribe:

"Dos relaciones jurídicas contempla el artículo 34, a saber: a) una entre la persona que encarga la ejecución de una obra o la labor y la persona que la realiza; y b) otra entre quien cumple el trabajo y los colaboradores que para tal fin utiliza.

"La primera origina un contrato de obra entre el que debe ejecutarla y su beneficiario, y exige la concurrencia de estos requisitos: que el contratista se obligue a ejecutar la obra o labor con libertad, autonomía técnica y directiva, empleando en ella sus propios medios y asumiendo los riesgos del negocio, y de parte del beneficiario, que se obligue a pagar por el trabajo un precio determinado.

"La segunda relación requiere el lleno de las condiciones de todo contrato de trabajo, detalladas en el artículo 23 del estatuto laboral sustantivo.

"El primer contrato ofrece dos modalidades así: 1ª) La obra o labor es extraña a las actividades normales de quien encargó su ejecución; y 2ª) Pertenece ella al giro ordinario de los negocios del beneficiario del trabajo o dueño de la obra. En el primer caso el contrato de obra sólo produce efectos entre los contratantes; en el segundo entre éstos y los trabajadores del contratista independiente.

"Según lo expuesto, para los fines del artículo 34 no basta que el ejecutor sea un contratista independiente, sino que entre el

contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ellas, los trabajadores del contratista independiente no tiene contra el beneficiario del trabajo la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal.

"Quien se presente, pues, a reclamar en juicio obligaciones a cargo del beneficiario, emanadas de un contrato laboral celebrado con el contratista independiente, debe probar: el contrato de trabajo con éste; el de obra entre el beneficiario del trabajo y el contratista independiente; y la relación de causalidad entre los dos contratos en la forma ya explicada.

"La acción que en favor del trabajador establece el artículo 34 no requiere para su prosperidad, que en la celebración del contrato laboral intervenga el beneficiario de la obra o labor, pues al tenor del precepto, patrono del trabajador no es el beneficiario sino el contratista independiente. La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley; ésta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos: los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación de causalidad entre las dos figuras jurídicas son los presupuestos de la solidaridad instituída en la previsión legal mencionada".

En fallo posterior del 11 de agosto de 1964 (Juicio de Cristóbal Oviedo contra Jesús María Domínguez y la Empresa Colombiana de Petróleos) se ocupó la Sala de otros aspectos de la institución jurídica. De la providencia son estos apartes:

"De acuerdo con esta norma (se alude al artículo 34), la obligación solidaria en favor del trabajador y a cargo del empresario, descansa en dos fundamentos de hecho: el contrato de obra y el de trabajo. Son autónomas las obligaciones emanadas de los dos contratos y, por lo mismo, exigen prueba separada. Las aportadas al juicio para demostrar el contrato de obra deben producirse respecto de los sujetos de esa relación jurídica (empresario y contratista independiente), y las aducidas para acreditar el contrato de trabajo, frente a los sujetos de esa figura jurídica (contratista independiente y sus empleados). No quiere ello decir que el empresario, en cuanto a las pruebas para establecer el contrato de trabajo, pueda ser colocado al margen, sin ninguna ingerencia en su control. Es obvio que tiene facultad para contradecirlas, porque la relación procesal es una sola y en ella es parte el empresario. En el juicio su posición y la del contratista independiente, en relación con el trabajador demandante, es la de litisconsortes. No reconoce expresamente la ley esta figura, pero la registra la jurisprudencia. De acuerdo con ella y la doctrina, los litisconsortes, en sus relaciones con la contraparte, se consideran como litigantes separados, de modo que los actos de cada uno de ellos no redundan en provecho ni en perjuicio de los otros. Según lo expuesto, la confesión de Domínguez sobre la existencia de las deudas laborales, sólo a él perjudica y no al empresario; pero, si además del contrato de trabajo, acredita el demandante el de obra entre el empresario y el contratista, surge ya a la escena jurídica la obligación solidaria del segundo, porque su responsabilidad emerge no sólo de la relación laboral sino del contrato de obra. De nada sirve acreditar el contrato laboral si el de obra no aparece demostrado, como ninguna consecuencia tendría para el empresario que se probara el contrato de obra si el laboral no aparece establecido".

8. Según la doctrina contenida en los dos fallos, para la viabilidad de la acción contra el beneficiario se requiere la prueba de la doble relación jurídica de que en ellos se habla respecto de los sujetos de una y otra.

9. No sobran estas consideraciones:

El trabajador, en el supuesto de la norma, tiene dos deudores; de los dos, deudor principal y directo es el contratista independiente, su patrono; el beneficiario es simple fiador, porque el negocio por el aspecto laboral interesa primordialmente al contratista. Que ello es así lo corrobora la disposición final del susodicho precepto, según la cual, no impide la solidaridad que el beneficiario estipule con el contratista las ga-

rantías del caso, "o para que repita contra él lo pagado a sus trabajadores".

Como se ve, la obligación a cargo del beneficiario es una garantía de pago. El compromiso del beneficiario, en cuanto la ley lo obliga a pagar la totalidad de la deuda, no tiene objeto que le sea propio, lo mismo que el del fiador que se obliga a pagar una deuda ajena si el deudor principal no la satisface. En el fondo, la solidaridad de que se trata es una fianza. Sobre ésta tiene la ventaja de que no constituye obligación subsidiaria que dé derecho a los beneficios de excusión y división de que gozan los fiadores, porque los codeudores solidarios, respecto del acreedor, deben cada uno, la totalidad de la deuda. Pero en sus relaciones jurídicas la deuda es divisible entre ellos, y cada uno no es deudor de la obligación sino en cuanto a la parte que tiene a causa de la deuda. Se apoyan los anteriores conceptos en lo previsto por el artículo 1579 del C.C.

En el asunto litigioso el negocio interesa únicamente al contratista independiente, por lo que, si éste cubre los créditos laborales, nada tendría que exigir al beneficiario. En cambio, si éste soluciona las obligaciones al trabajador, se ha visto que la norma del artículo 34 le concede el derecho de repetir contra el contratista por el total de las sumas pagadas al asalariado. La calidad de fiador simple del beneficiario, en sus relaciones jurídicas con el contratista independiente, es una nota resaltante que fluye con claridad del precitado canon legal.

10. Consecuencia de lo expuesto es la de que si de los dos deudores solidarios, el trabajador escoge al contratista independiente, al juicio no tiene por qué citar al beneficiario, porque aquél es su deudor directo y principal. Pero si pretende ejercitar contra el beneficiario de la obra o labor la acción solidaria, debe acreditar la existencia de la obligación principal en juicio contra el contratista, porque, como se ha visto, la posición de aquél es la de fiador frente al principal obligado. No basta entonces, como lo sostiene el acusador, dirigirse únicamente contra el beneficiario.

11. La calidad de simple intermediario que el recurrente le asigna al Instituto Tecnológico de Chicago y la responsabilidad solidaria que deduce contra la Caja en calidad de patrono del actor, con apoyo en lo dispuesto por el artículo 35 del CST, es inaceptable, porque el contrato de trabajo celebrado por aquél con el demandante demuestra lo contrario, o sea, la de que el Instituto asumió la condición de empresario o patrono.

12. No es acertado el concepto del Tribunal en la noción que da del contratista independiente. Pueden asumir esta condición: una persona natural, o una empresa, sea ésta o no persona jurídica; la empresa que se organice con el fin de ejecutar una obra o labor, o la que se haya constituido con carácter permanente para la prestación de servicios en determinadas actividades. No tiene, pues, el artículo 34 del Código el alcance restringido que le atribuye el sentenciador, como lo sostiene el recurrente.

Pero la errónea interpretación de la norma por el Tribunal, carece de toda influencia en la decisión recurrida, pues la falla que se dejó anotada en cuanto a los requisitos que deben llevarse para el ejercicio de la acción solidaria contra el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, basta para impedir el éxito de la acción objeto de la controversia.

El recurrente sostiene que el Tribunal interpreta erróneamente el artículo 35 del CST, al decir que el Instituto de Chicago no fue simple intermediario por no haber actuado como bolsa de empleo. A lo cual observa la Sala que sobre el tema el pensamiento del fallador no se contiene en la anterior apreciación únicamente, sino en otras consideraciones, como la de que simples intermediarios son las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono, que es precisamente la definición que de esa figura jurídica trae la mencionada regla legal, en su inciso primero. Y este fundamento de la decisión no lo ataca el recurrente.

Por todo lo expuesto, no se reciben los dos primeros cargos.

Tercer cargo. Acusa violación, por aplicación indebida de las siguientes normas legales: Artículos 2, 13, 14, 23, 24, 43, 46, 34, 35 y 338 del CST, y de los artículos 64, 65, 186, 189, 249, 253 y 306 ibídem, por falta de apli-

cación; e infracción de los artículos 645 y 657 del C.J.; 20, 21, 22, 1602, 1630, 1631, 2147, 2146 y 2186 del C.C.; y 1; 2 y 6 del Decreto Legislativo número 37 de 1906.

Se produjo el quebranto de las disposiciones legales a causa de errores de hecho y de derecho en la estimación de unas pruebas y por falta de apreciación de otras.

El extenso capítulo que el alegato de casación dedica a la demostración del cargo, comprende dos partes. La primera tiene por objeto establecer que la Fundación extranjera, en sus relaciones con la Caja de Crédito Agrario, fue un contratista independiente. La segunda se endereza a comprobar que fue la Caja y no la Fundación, el patrono del demandante.

En cuanto hace al primer punto, no se detiene la Sala en el examen de los argumentos que aduce el recurrente, porque aceptando su tesis, esto ès, la de que la Fundación fue un contratista independiente, no conduciría ello a la quiebra del fallo ya que la cuestión no podría ser definida sino con la comparecencia en el juicio de la mencionada entidad por las razones expuestas en el análisis del segundo cargo.

Sobre el otro aspecto de la acusación, dice el recurrente en el aparte que lleva por título: "Del contrato de trabajo":

La sentencia niega que la Caja le hubiera cubierto sus sueldos al demandante. La afirmación es inexacta, porque de autos aparece comprobado que, si bien la Armour hacía los pagos, la Caja se obligó a reembolsarle este gasto, como se estipuló en el contrato entre las dos entidades.

Demuestran los mismos hechos —alega el cargo— las pruebas que relaciona, mal estimadas o no apreciadas por el Tribunal.

El acervo probatorio acredita —afirma el cargo— que quien en definitiva pagaba los sueldos al demandante era la Caja. Así las cosas —agrega— la sentencia dejó de aplicar, siendo el caso, el artículo 1769 del C.C. y las demás normas de este estatuto que la acusación cita. Si las hubiera aplicado, habría tenido que concluir que la Armour pagó los salarios en nombre de la Caja y que, establecido el servicio personal del actor en favor de ésta, se reunían los requisitos necesarios para probar el contrato de trabajo entre Ellis y la Caja, conforme a lo dispuesto por el artículo 24 del CST.

Bajo el epígrafe: "Del vínculo de dependencia", el recurrente aduce estos razonamientos:

El Tribunal sostiene que las órdenes para el trabajador las dio exclusivamente la Armour. En esta apreciación incurrió en un error de hecho y de derecho; en el primero por falta de apreciación de unas pruebas; y en el segundo por darle a algunos papeles el valor de documentos que no tienen. Cita el cargo las pruebas que en su concepto demuestran las dos clases de errores.

Cometió la sentencia error de derecho —anota el autor del recurso— al decir, con base en el memorando de correspondencia obrante a Fls. 320 a 364 del primer cuaderno y de la correspondencia que corre en el cuaderno número 5, que Hall Ellis recibió órdenes e instrucciones de la Fundación.

Comenta las pruebas, así:

La relación de correspondencia no tiene firma alguna, y, por tanto, carece de valor. En cuanto a las cartas del folio 1 a 57 del cuaderno número 5, no fueron reconocidas y se refieren a temas distintos de la asesoría técnica del Instituto de Investigaciones de la Caja. Al darle la sentencia valor a esas pruebas incurrió en error de derecho y violación consiguiente de los artículos 1761 y 1763 del C. C.

El apoderado de la Caja, en su alegato de réplica, anota que el cargo carece de técnica, porque mezcla errores de hecho y de derecho, aparte de que no los demuestra, como lo exige la ley orgánica de la casación. En su opinión, la falla que anota es suficiente para que la Corte lo desestime. Sin embargo, se refiere al fondo de la acusación y sobre los puntos a que ésta se contrae, dice:

En lo concerniente al sueldo del demandante, que según el recurrente lo cubría la Caja, hecho que halla acreditado con la confesión provocada del gerente de la institución, anota que la prueba no se toma en su integridad, pues de haberse analizado en tal forma, no es exacto que de ella resulte admitido por el representante de la Caja que era ésta la que cubría el salario del actor; que, por lo demás, la prueba so-

bre el extremo en referencia debe buscarse en el contrato celebrado por dicha entidad y la Fundación y no en otros medios probatorios.

Observa el opositor, refiriéndose a la dependencia del demandante a la Caja, que el punto fue definido con claridad por el Tribunal. Cita al efecto pasos de la decisión recurrida, entre otros, el de que era Ellis quien orientaba y aconsejaba a la Caja como consultor del Instituto de Chicago, por lo cual no pudo prestar el servicio bajo la dependencia de aquélla. Alega que los testimonios de Holguín Peláez y Ortega Lafaurie, no abonan la tesis del impugnador, porque el primero dice en su declaración que Ellis gozaba de autonomía en el desempeño del cargo; y el segundo informa que aquél no fue empleado de la Caja.

Se considera

Para el Tribunal el contrato de trabajo que resulta demostrado en el juicio, es el celebrado entre el demandante y el Instituto Tecnológico de Chicago. Llega a esta conclusión a través del estudio que hace del contrato celebrado por dicho Instituto y la Caja y del que a su vez concertó el Instituto con el demandante.

Sobre el punto hace estas consideraciones:

Es inexacta la afirmación del Juzgado de que el actor prestó su esfuerzo personal a la Caja, y la de que aquél hubiera sido contratado por la Fundación atendiendo instrucciones de la Caja. Como se desprende de los dos contratos ya citados, el demandante le prestó servicios a la Armour, lo cual es cosa distinta a la de que ellos hubieran beneficiado a la Caja. La Armour se obligó a prestarle servicios a ésta y entre otros funcionarios y para llenar su misión, envió al país al demandante Ellis.

No está plenamente demostrada la dependencia del actor respecto del establecimiento bancario, como lo pretende el Juzgado. Es claro que aquél recibía instrucciones e informaciones acerca de lo que la Caja requería de la Armour y sus agentes, y, especialmente, del demandante, pero no le podía imponer horario de trabajo, obligarlo a concurrir a juntas o reuniones, ni exigir que cumpliera las labores en su exclusivo beneficio, ni despedirlo, y, tanto es así que, para el efecto tuvo que pedir a la Armour su remoción.

En autos figuran numerosos documentos que acreditan el contacto y dependencia permanente de Ellis a la Armour; aquél daba cuenta a sus superiores acerca de sus labores en desarrollo de la misión que le confió la entidad extranjera y era el demandante quien la representaba en sus actividades ante la Caja. Así lo acredita la correspondencia que obra en el cuaderno número 5, y el índice de la que figura a folios 320 a 364 del cuaderno principal.

Tampoco es hecho demostrado en el juicio el de que la Caja pagaba los servicios del actor por conducto de la Armour; aquélla le reembolzaba a ésta los gastos causados por el envío a Colombia del demandante, empleado suyo, lo cual cambia la naturaleza jurídica del asunto. En posiciones dijo el gerente de la Caja (Fl. 119 del primer cuaderno), que "el reconocimiento de los sueldos pactados entre la Caja y la Armour era una cuestión contable interna entre ambas entidades".

No hubo, pues, como lo sostiene el Juzgado, contrato de trabajo entre Ellis y la Caja, sino entre aquél y la Fundación.

El demandante vino a Colombia en desarrollo del contrato celebrado entre las dos entidades para prestar sus servicios en el país, y es evidente que si la finalidad de la asistencia era organizar el departamento de investigaciones tecnológicas en la Caja, el actor tenía que entenderse con sus funcionarios, asistir a las juntas y dar consejos y opiniones, porque esa era la misión que debía realizar la Armour ante la Caja y él la representaba en ese sector de sus actividades.

El reparo de que la sentencia incurrió en error de derecho por haberle asignado mérito probatorio a la correspondencia que aquélla cita en su motivación, no es atendible. En esa prueba se apoya la providencia impugnada para decir que no está probada la subordinación del demandante a la Caja de Crédito Agrario; se trata de un hecho que puede acreditarse con cualquier medio probatorio, y en la casación del trabajo el error de derecho sólo se produce cuando se dé por establecido un hecho res-

pecto del cual la ley exija prueba solemne para su validez, y cuando deje de apreciarse una prueba de tal naturaleza, siendo el caso de hacerlo (artículo 87 del CPL., inciso de su numeral 1º).

Las pruebas que cita el recurrente, inestimadas por el fallador, de las cuales deduce el error de hecho que alega, son estas:

a) Declaración de Carlos Holguín Peláez (Fls. 213 a 217 del primer cuaderno).

Desempeñó en la Caja el cargo de secretario y el de asistente del gerente de 1957 a julio de 1958. Informa el declarante que científica o técnicamente Ellis dependía de instrucciones que recibía del cuerpo de científicos de la Armour; que en esos campos y el administrativo, recibía instrucciones y sugerencias del comité del Instituto de Investigaciones Tecnológicas de la Caja, y que ésta debía solicitar de la Armour su remoción; Ellis gozaba de autonomía en el desempeño de sus funciones, con las restricciones "a que me he referido emanadas del comité y de la Armour"; el actor vino al país a prestar servicios en virtud del contrato celebrado entre la Caja y la Armour, según la cual aquélla suministraba personal científico y técnico para asesorar o dirigir el Instituto Tecnológico de la Caja; Ellis aparecía como director técnico o científico del Instituto, títulos que se le daba en documentos de la Caja, aunque no aparecen expresos en el contrato firmado entre las dos entidades.

b) Declaración de Jaime Ortega Lafaurie (Fls. 171 a 174).

Ejerció el cargo de subgerente de la Caja, de noviembre de 1956 a marzo de 1957 y estuvo encargado de la gerencia 10 días en enero de 1957. Nunca supe —dice el testigo— que el actor apareciera como empleado de la Caja; en ella actuaba como consultor residente del Instituto de Investigaciones Tecnológicas y como tal mantenía contacto permanente con el gerente de la Caja; aparecía como director del Instituto mientras se nombraba un colombiano a quien Ellis "debería ir preparando para ejercer el cargo". El Gerente de la Caja y el comité consultivo le daban instrucciones a Ellis sobre las actividades que el Instituto Tecnológico debía desarrollar. El anterior gerente de la Caja, General Villamizar, en vista de algunas irregularidades ocurridas en el Instituto de Investigaciones, ordenó suspender a Ellis en el cargo que ocupaba; al encargarse el testigo de la gerencia de la institución se dio cuenta de que la medida no podía tomarla ella, pues la remoción era facultad exclusiva de los directores de la Armour, "a quienes le solicité reiteradamente el retiro de dicho señor".

c) Declaración de Luis A. Rojas (Fls. 167 a 171).

De septiembre de 1955 a julio de 1957, el testigo ocupó el cargo de jefe de una de las secciones del Instituto de Investigaciones Tecnológicas, el cual comenzó a funcionar en septiembre de 1955. Informa el declarante: Ellis intervenía en la Junta consultiva del Instituto como consejero para asesorarlo en su desarrollo; los sueldos que devengó los pagaba la Armour. Ellis presentaba los proyectos a la consideración de la Junta y ésta los aprobaba o improbaba; aquél le daba órdenes a los empleados del Instituto el personal de éste lo nombraba la Caja; el funcionario designado se entrevistaba con los jefes de sección del Instituto y con su director para determinar si era o no satisfactorio.

d) El memorando del gerente de la Caja para el Departamento de Investigaciones Tecnológicas, del 1º de julio de 1957 (Fl. 81 del primer cuaderno).

Dice el documento que Ellis, desde la fecha del memorando, continuará como director del Instituto, cargo que el gerente anterior había adscrito a Luis A. Rojas.

e) Copia de las actas de la junta consultiva del Instituto de Investigaciones Tecnológicas (Fls. 42 a 78 del cuaderno número 1º).

Dan cuenta las actas de los proyectos que debe realizar el Instituto en investigaciones de productos alimenticios y desarrollo industrial. Recogen las actas sesiones de la junta consultiva del Instituto de Investigaciones Tecnológicas, en las cuales interviene el demandante como director del organismo.

f) El contrato celebrado por la Caja con la Fundación, en cuanto a la cláusula que autoriza al establecimiento bancario para pedir el retiro de empleados de aquélla.

En concepto de la Sala la prueba testimonial, de haber sido apreciada por el sentenciador, no habría conducido a la demostración del hecho a que el recurrente se refiere. Los declarantes presentan al actor como asesor técnico en la Caja, dependiente del Instituto Tecnológico de Chicago, a quien representaba en ejecución del contrato sobre prestación de servicios celebrados por las dos entidades. Aunque los testimonios dieran pie para sostener que acreditan la subordinación de Ellis al establecimiento bancario, no habrían tenido el mérito de configurar un error de hecho evidente o manifiesto.

El memorando, como lo explica el señor Ortega Lafuarie en su declaración, suscrito por él como gerente de la Caja, tenía por objeto el restablecimiento del actor en el cargo de director del Instituto de Investigaciones, del cual había sido retirado por el gerente anterior, en atención, dice el testigo, de que quien debía tomar esa medida eran los directores de la Fundación extranjera. No contiene el memorando orden o instrucción alguna que revele la dependencia de Ellis a la Caja, sino acatamiento a estipulación del contrato celebrado por dicha entidad con la Fundación, según la cual era de su incumbencia la designación del personal técnico que debía organizar en la Caja un instituto de investigaciones tecnológicas.

Del examen de las actas del comité consultivo del Instituto de Investigaciones organizado en la Caja, no se desprende nada que traduzca sujeción jurídica alguna del demandante a dicha entidad.

En el contrato celebrado por las dos entidades se le dio a la Caja la atribución de pedir a la Fundación el retiro de cualquier miembro de su personal cuya conducta no fuera satisfactoria para aquélla. La estipulación al respecto no serviría para demostrar vínculo alguno de dependencia del demandante respecto del establecimiento bancario, sino todo lo contrario, la subordinación del mismo a la Fundación de Chicago.

En lo concerniente al pago del salario al demandante, la acusación cita estas pruebas como mal apreciadas o inapreciadas por el sentenciador, las cuales demuestran que la asignación le era cubierta por la Caja:

Las preguntas del cuadro de posiciones formulado por el apoderado de la Caja al demandante (Fl. 229 del primer cuaderno); la confesión provocada del gerente de la nombrada entidad (Fl. 117 a 120); la inspección ocular (Fl. 243 ib.); y el original y traducciones de las cuentas de cobro presentadas por la Armour a la Caja (Fls. 269 a 274).

El material probatorio relacionado acredita el hecho a que la acusación se refiere, o sea, el de que los sueldos de Ellis los pagaba la Armour y la Caja le hacía el reembolso correspondiente.

Al respecto la sentencia no sostiene lo contrario, pues acepta que el salario se pagaba al actor en la forma indicada.

Radica la discrepancia entre el fallador y el recurrente en la significación que le dan al hecho en cuestión. En el reembolso del salario por la Caja a la Armour, ve la acusación la prueba de que el actor prestó sus servicios a la Caja como trabajador bajo su dependencia; el Tribunal da a entender que ello ocurrió así en desarrollo del contrato celebrado por la Caja con la Fundación. En concepto de la Sala la apreciación de la providencia impugnada se ajusta a los términos de las estipulaciones contenidas en dicho contrato. En consecuencia, no incurrió la sentencia en el error evidente de hecho que la acusación le atribuye.

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 Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO CIVIL COMO VINCULO JURIDICO ENTRE LAS PARTES

Ausencia de subordinación, elemento esencial del contrato de trabajo, entre el conductor de taxi de servicio público y la propietaria del vehículo automotor. — Infundada acusación por errores evidentes de hecho atribuídos a la sentencia recurrida.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre 20 de 1965.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

El apoderado que constituyó el señor Miguel Angel Ríos, vecino de Manizales, demandó, a los señores Alvaro Rojas Orjuela y Olga Duarte de Rojas, del mismo vecindario, ante el Juez Laboral de dicha ciudad, pidiendo fueran condenados a pagarle a su poderdante:

"a) Auxilio de cesantía correspondiente a un tiempo de tres años y nueve meses; b) primas de servicio; c) vacaciones anuales remuneradas; d) dominicales, festivos nacionales y religiosos; e) presuntivo, y f) salarios caídos; más las costas del juicio".

Como fundamentos de hecho expuso los siguientes:

"1º El señor Alvaro Rojas Orjuela, compró en el año de 1955, un automóvil marca "Studebaker", modelo 1955, con placas Nº M-77842, el cual hizo figurar en el respectivo certificado de matrícula a nombre de su señora esposa Olga Duarte de Rojas. Este vehículo fue afiliado por dicha señora a la Empresa "Flota El Ruiz Ltda." de Manizales, mediante contrato de administración suscrito con la mencionada Empresa".

"2º Para el manejo del vehículo descrito, el señor Alvaro Rojas Orjuela, buscó los servicios personales del señor Miguel Angel Ríos, quien empezó a manejarlo en la ciudad de Dorada en el mes de julio de 1955. Sin embargo el contrato de administración con la Empresa "Flota El Ruiz Ltda.", que prueba la iniciación de los servicios, tiene fecha 4 de agosto de 1955, que es la fecha de iniciación del contrato de trabajo".

"3º Como remuneración a los servicios personales de Miguel Angel Ríos, y como es costumbre entre los conductores del servicio público, se fijó el porcentaje que es usual o sea el 20% del producido neto del vehículo. Luego, como el señor Alvaro Rojas, tuviera varias obligaciones por cumplir, entre ellas el pago de letras comerciales a la firma "Hijos de Liborio Gutiérrez y Cía. Ltda.", se convino lo siguiente: mi poderdante manejaría el vehículo con la condición de pasarle mensualmente al señor Alvaro Rojas, o a su señora Olga Duarte de Rojas o bien a la señora Belén Acuña de Duarte, (suegra) la suma de cuatrocientos pesos ($400.00), suma esta que mi mandante entregaba personalmente o bien la giraba al señor Alvaro Rojas Orjuela. Así, durante los tres (3) años y nueve (9) meses, que estuvo manejando el vehículo entregó una suma superior a los diez y siete mil pesos ($ 17.000.00), comprendiendo en ella el pago de diversas obligaciones".

4º Alegando un presunto contrato de arrendamiento, que en manera alguna fue pactado o celebrado, tanto el señor Alvaro Rojas Orjuela, como su señora esposa Olga Duarte de Rojas han negado las prestaciones sociales e indemnizaciones correspondientes, a mi mandante y provenientes del contrato de trabajo. Y no fue celebrado ningún contrato de arrendamiento, porque

el conductor, en muchas ocasiones tenía que ponerse él y el vehículo a disposición de la señora Olga Duarte de Rojas, a hacer viajes gratis que en forma alguna fueron remunerados. Además, quien figura como propietaria del vehículo, delegó en la Empresa "Flota El Ruiz Ltda." la administración del automóvil, por lo que éste se encontraba sujeto al régimen interno de la Empresa, pero a quien rendía cuentas mi mandante, entregando la suma líquida de dinero, y pagando las respectivas obligaciones era a las personas enumeradas en el hecho tercero".

"5º Considera mi mandante, que en las condiciones dadas en que le fue entregado el vehículo para manejarlo, devengó por lo menos un sueldo o mejor, un salario no inferior a trescientos pesos ($ 300.00) mensuales en promedio, y con base en ese salario así considerado se hacen las liquidaciones correspondientes, no obstante que para determinar el salario devengado por mi mandante, es necesario justipreciarlo parcialmente, siendo el nombramiento de perito designado por el señor Juez, otra de las peticiones de la demanda".

"6º El trabajador prestó sus servicios hasta el día cuatro (4) de mayo de 1959, fecha esta en que el señor Alvaro Rojas Orjuela, le pidió el vehículo llevándolo a un taller. Es decir, la prestación del servicio, lo hizo el trabajador en forma continuada y sin ninguna interrupción entre el día cuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco hasta el día cuatro de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve".

"7º En la índole de la labor desarrollada, como servicio público, el trabajador prestó sus servicios tanto los días domingos como los demás días festivos, nacionales y religiosos".

"8º El contrato de trabajo fue celebrado en forma verbal, por tanto amparado por la cláusula presuntiva de duración de seis (6) en seis (6) meses".

"9º A pesar de haberse terminado sin causa justificada el contrato de trabajo, no se han pagado las prestaciones sociales e indemnizaciones debidas al trabajador".

Los demandados se opusieron a las pretensiones del demandante, sosteniendo que con éste no se pactó contrato laboral alguno, sino uno de arrendamiento del automóvil, por cuyo disfrute debía pagar la suma mensual de $ 400.00.

El juzgado puso fin a la primera instancia, absolviendo a los demandados, por no haber encontrado establecido en el proceso el contrato de trabajo entre las partes.

Apelado por el actor dicho proveído, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales lo confirmó estimando que el contrato que medió entre las partes no fue de trabajo sino de arrendamiento.

En la demanda sustentatoria del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal, el apoderado del demandante aduce la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, formulando un solo cargo así:

"**Cargo único.** Violación indirecta de los artículos 15 de la Ley 15 de 1959; 22, 23, 24 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 1973, 1982 y 2142 del C. C.; artículo 331 del Código de Comercio, y Decreto 0826 de 1954. Dicha violación proviene de la apreciación errónea y de la falta de apreciación de las pruebas que se individualizan en seguida, y llevó al Tribunal a dejar de aplicar los artículos 64, 65, 175, 177, 179, 186, 189 (Decreto 617 de 1954, Art. 7º), 181, 182 y 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo. Como es fácil constatarlo, son dos los soportes del fallo impugnado: a) la existencia de un contrato civil de arrendamiento entre las partes, b) la falta del elemento de la subordinación. Esta equivocada conclusión del sentenciador, que parcialmente acoge la motivación del fallo de primer grado, y además encuentra configurado el contrato de arrendamiento como único vínculo jurídico entre las partes, se origina en el error de hecho en la somera apreciación, o mejor reseña de algunas pruebas, y en dejar de lado elementos probatorios que conducen lógicamente a una convicción contraria".

A. Las pruebas que a juicio del recurrente no fueron apreciadas por el Tribunal son las siguientes:

a) El contrato celebrado entre Olga Duarte de Rojas y el gerente de la Flota El Ruiz Ltda. por el cual aquélla le confirió a dicha empresa la administración del

vehículo, afiliándolo a ella; b) la tarjeta de matrícula del vehículo; c) la patente de servicio; d) unos recibos suscritos por el señor Jesús Echeverri, gerente de la Flota El Ruiz y de la Flota Ospina Ltda.; e) las confesiones de los dos demandados en el escrito de contestación de la demanda y la de Alvaro Rojas en absolución de posiciones.

Afirma que de todas estas pruebas resulta indiscutible la celebración con la Flota El Ruiz de un contrato de administración respecto al vehículo que manejó Ríos, y que esto demuestra que fue imposible que a la vez se hubiera celebrado un contrato de arriendo del mismo automotor, ocurrencia sobre la cual se fundamenta la sentencia acusada.

Al respecto cabe anotar, ante todo, que no está claro que el Tribunal haya desconocido el hecho de que el vehículo hubiera sido dado en administración a la "Flota El Ruiz Ltda.". Pero sea lo que fuere al respecto, no es valedera la conclusión que de la celebración del contrato de administración saca el recurrente, pues nada se opone a que, por una parte, Olga Duarte de Rojas hubiera afiliado el automotor en la mencionada empresa, para cumplir formalidades legales, citadas por el propio recurrente, que hacían obligatoria la afiliación de los vehículos de servicio público, y que por otra, el mismo automotor hubiera sido en arriendo al demandante. Tanto más si, como manifestó el Gerente de la Flota El Ruiz en declaración que más adelante se examinará, la dueña del vehículo fue quien escogió el chofer, incumpliendo el contrato de administración, que daba esta atribución a la empresa. Aún, pues, estando afiliado el vehículo a la Flota en mención, Olga de Rojas o su esposo, bien pudieron celebrar con el demandante un contrato laboral respecto al manejo de aquél, o bien uno de arriendo o de una categoría jurídica distinta. De manera que el reconocimiento o desconocimiento que hubiera hecho el Tribunal del contrato de administración del vehículo, con tercero, nada puede probar sobre la clase de contrato que se perfeccionó entre las partes.

Carece, pues, de incidencia sobre el fallo acusado esta primera parte del cargo en estudio.

B. Las pruebas que el recurrente señala como mal apreciadas por el Tribunal son: a) un certificado expedido por el gerente de la "Flota El Ruiz"; b) la declaración que el mismo gerente rindió por decisión oficiosa del Juez; c) los testimonios de Luis Alfonso Valencia y Alberto Naranjo; d) las posiciones que absolvió el demandante.

Se considera

a) Según el recurrente el certificado se refiere no solamente a la afiliación del vehículo, como sostiene el Tribunal, sino que también establece el contrato de trabajo entre chofer y demandados, "o al menos la relación de trabajo que pone en movimiento la presunción legal de estar regida por un contrato de trabajo".

Reza el certificado: "El suscrito Gerente de la empresa "Flota El Ruiz Ltda." de Manizales, a petición verbal del interesado, Certifica: 1º Que el conductor Miguel Angel Ríos, trabajó manejando un automóvil de servicio público, marca Studebaker, modelo 1955, con placas Nº M-77842, vehículo éste que fue afiliado mediante contrato de administración firmado por su propietaria señora Olga Duarte de Rojas, y que tal manejo lo hizo en forma exclusiva y continua entre el 4 de agosto de 1955 hasta el 4 de mayo de 1959".

"2º Que la empresa "Flota El Ruiz Ltda.", no tuvo conocimiento de la forma de remuneración del conductor Miguel A. Ríos, ni controló el producido del vehículo, y no tuvo conocimiento de las condiciones pactadas entre su propietaria y el conductor, ya que no fue cumplido el contrato de administración, en varias de sus cláusulas. Para constancia firma a los 7 días del mes de septiembre de 1959. Flota El Ruiz Ltda. (Fdo.) Jesús Echeverri".

Sobre este documento se lee en la sentencia: "La empresa Flota El Ruiz en su certificado del folio 50 apenas se refiere a la afiliación del vehículo, pero ignora la relación jurídica entre el conductor y los demandados".

Entiéndase o no que con las palabras anteriores el Tribunal hizo mérito del certificado en referencia, es lo cierto que por tratarse del acto de un particular, quien, por lo demás, ni siquiera lo reconoció en

juicio, carece de todo valor probatorio. Huelga por consiguiente, toda consideración sobre el contenido del mismo.

b) Dice el recurrente que "interrogado de oficio el gerente de la Flota El Ruiz Ltda. corrobora la existencia del contrato de trabajo que vinculó al conductor Ríos, tanto a la Empresa como al propietario, diciendo claramente que el chofer recibía órdenes e instrucciones verbales y escritas del señor Rojas y la señora. No habla el declarante, como pretende hacerlo decir el Tribunal, de contrato de arrendamiento, ni de producido de arrendamiento, ni de arrendatario. Aquí se ve una torcida interpretación por parte del sentenciador, que configura otro error en la apreciación de los elementos probatorios. Porque la declaración de Echeverri, que debe tomarse como confesión, por la responsabilidad solidaria que le apareja a la empresa la obligación demandada, favorece con su dicho los derechos del conductor demandante".

El referido deponente afirma que "no procedió la empresa a nombrar el conductor para manejar dicho vehículo y siempre fue manejado por el señor Miguel Angel Ríos. Eso fue por entendencia entre ellos. Ignoro en qué forma sería el arreglo entre ellos. El señor Rojas en esa parte empezó a violar el contrato de administración con la empresa por esa parte. No sé cuáles serían las prerrogativas del señor Ríos, pero él manejaba el vehículo cuando quería y lo paraba también cuando quería y no se lo daba a nadie, pues lo manejó durante todo ese tiempo". Y en cuanto a si recibía órdenes de los demandantes dijo: "tengo para responder que en lo que me consta que él obedecía órdenes, porque las veces que ella venía aquí a la ciudad le hizo viajes, se fue a hacer uno o dos viajes con ella. Digamos la señora vino aquí una o dos veces y lo llamó a él y le dijo: mañana necesito el carro. También conocí cartas del señor Alvaro Rojas en donde le ordenaba al señor Miguel Angel Ríos pagar unos dineros y cancelar unas deudas... Ignoro el arreglo sobre el valor de los viajes porque la empresa sobre esos viajes no tenía en cuenta para cobrarle conduce".

Ahora bien, la realización de uno o dos viajes, en no se sabe qué condiciones a la señora de Rojas en un lapso de casi cuatro años no es suficiente para colegir que el demandante recibía órdenes de dicha señora; como tampoco que las recibiera del codemandado Rojas por el solo hecho de que éste le hubiera enviado algunas cartas —no se sabe cuántas— con órdenes de hacer ciertos pagos. A la verdad lo de las "órdenes" es más bien una inferencia personal del deponente, pues solo habla del contenido de las cartas en forma global. Además no hace referencia a las circunstancias en que leyó dichos documentos. En todo caso, de no haber concluído el Tribunal del testimonio en examen la subordinación del demandante a los demandados, sino más bien la absoluta falta de ésta, no puede deducirse que incurrió en evidente error de hecho. No es que se niega la existencia de una vinculación jurídica entre las partes, sino que el Tribunal no consideró que ella comportaba una subordinación del demandante a los demandados, en forma que configurara un contrato laboral, y en cambio encontró que esa subordinación está excluída.

c) Bien puede admitirse con el recurrente que los testimonios de Valencia y Naranjo son sospechosos, por el propio tenor de las declaraciones, que más que de hechos observados por los testigos dan cuenta del juicio u opinión que se formaron del convenio habido entre las partes. Además no es muy convincente que al cabo de unos cinco años recordaran con precisión el mes en que se celebró el contrato, sin suministrar dato alguno sobre la justificación de tal recuerdo.

Pero no son estos testimonios el verdadero sustentáculo de la sentencia acusada, y en ésta parece más bien que fueron desestimados.

d) Inmediatamente después de referirse a los testimonios antes examinados dice el Tribunal "...pero la Sala se remite a la propia explicación del demandante dada en las posiciones sobre la autonomía para manejar el vehículo y para pagar por cuenta de la señora Duarte en nombre de quien figuraba aquel cuatrocientos pesos únicamente, porque del resto él se lo aprovechaba y esta es la única razón de la Sala para

creer que en verdad estas fueron las cláusulas del contrato".

La parte pertinente de la diligencia de posiciones reza así: "Primera: Diga Ud. como es cierto, sí o no, que el cuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco, usted le tomó en arrendamiento a los señores Alvaro Rojas y Olga Duarte de Rojas, un automóvil afiliado a la "Flota El Ruiz", de esta ciudad de Manizales? Contesta: No es cierto. Leída la prueba. Segunda: Diga usted cómo es cierto, sí o no, que el canon mensual se pactó en la cantidad de cuatrocientos pesos, que Ud. debía pagar a cualquiera de los arrendadores antes nombrados? Contesta: Es cierto y explico: El señor Alvaro Rojas me dijo que pagara yo las letras que eran de a cuatrocientos pesos y con el resto me hiciera pago yo del sueldo, mientras el carro no tuviera daño así de mayor cuantía".

Sostiene el recurrente que es imposible ver en la respuesta a la pregunta segunda, un reconocimiento de haber celebrado un contrato de arrendamiento; y agrega que los recibos que firmó el demandante a la suegra de Rojas, en que se habla de "producido neto de un automovil de propiedad de la señora Duarte de Rojas" corroboran la hipótesis contraria, del contrato de trabajo.

Para la Sala la apreciación que hizo el sentenciador de segunda instancia de la diligencia de posiciones en referencia no aparece evidentemente errónea, y como según ella el Tribunal encontró establecido la autonomía del demandante respecto de los demandados, o sea la ausencia de un elemento esencial del contrato de trabajo, no puede rechazarse en casación tal conclusión, que echa por tierra la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y que está corroborada por la declaración del Gerente de la Flota El Ruiz, ya analizada.

No apareciendo, pues, como evidentes los errores de hecho atribuídos a la sentencia por el recurrente, no prospera el cargo de violación de ley sustancial como consecuencia de los mismos. En consecuencia se desecha.

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RELACIONES ENTRE UN ESTABLECIMIENTO PUBLICO, DE CREACION LEGAL, Y UNO DE SUS TRABAJADORES. — SUPUESTOS ERRORES DE HECHO POR APRECIACION DE PRUEBAS. — TRABAJO EN DOMINGOS Y OTROS FESTIVOS. — SOBERANIA DEL FALLADOR DE INSTANCIA EN LA ESTIMACION DE LAS PRUEBAS Y ESPECIALMENTE EN LA TESTIMONIAL.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., 21 de septiembre de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade).

El apoderado judicial del Colegio de "San Simón" impugna en casación la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario laboral de Juan Guillermo Martínez Suárez contra aquel establecimiento público de enseñanza oficial que condena al Colegio a pagarle al actor $ 3.624.61 por trabajo en domingos y otros festivos.

La acusación persigue la quiebra total de la sentencia para que la Corte, en sede de instancia, revoque el fallo de primer grado, también condenatorio, y en su lugar absuelva al Colegio de las pretensiones del libelo inicial.

A ese efecto, con apoyo en la causal primera de casación laboral, formula el recurrente dos cargos, así:

a) Infracción directa de los artículos 3º, 4º y 492 del C. S. T., por falta de aplicación, "no obstante hallarse demostrado el hecho básico, no discutido, del carácter de empleado oficial del demandante, por razón del vínculo laboral con un establecimiento público de creación legal".

Para sustentar el gravamen, transcribe las disposiciones invocadas, según las cuales no son aplicables las normas de derecho individual del trabajo contenidas en el Código de la materia a quienes, como el actor, estén o hayan estado vinculados a la Administración Pública por un contrato de trabajo, y concluye: "Si el H. Tribunal hubiese tenido en cuenta y aplicado estos preceptos, se habría abstenido de pronunciar un fallo con base en disposiciones legales que regulan situaciones de los trabajadores particulares".

Se considera:

El reparo del acusador es fundado, por cuanto el sentenciador admite que el Colegio de San Simón es un establecimiento público de carácter oficial, a pesar de lo cual lo condena al pago del trabajo en domingos y otros festivos con base en el C. S. T.; pero es incompleto, porque la obligación de remunerar las labores realizadas en días de descanso, que la sentencia declara, no está contemplada en ninguno de los tres únicos preceptos que el impugnante singulariza. El cargo resulta ineficaz.

b) Violación, por vía indirecta, y por aplicación indebida, de los artículos 172, 173, 174, 177 y 179 del C. S. T. como consecuencia de la no aplicación de los artículos 3º, 4º y 492 del mismo estatuto, por errores de hecho provenientes de la equivocada apreciación de unas pruebas.

En su propósito de demostrar este segundo cargo, el recurrente individualiza las pruebas que considera mal apreciadas por el sentenciador, comentándolas brevemen-

te, a saber: el certificado del Secretario del Colegio (Fl. 1), las declaraciones de los testigos, la inspección ocular, el dictamen pericial y el libelo promotor del juicio. Sostiene que esas pruebas no acreditan el trabajo del actor en todos los domingos y festivos comprendidos del 30 de noviembre de 1959 al 30 de noviembre de 1962, como lo entendió el Tribunal, pues habría que descontar cuando menos las vacaciones de fin de año y las reglamentarias de Semana Santa y Julio. Agrega que el ad-quem no dio por demostrado, estándolo, que el Colegio de San Simón es un establecimiento público de creación legal, y en cambio dio por demostrado, sin estarlo, que el actor era un trabajador particular del Colegio demandado. Y dice finalmente: "Sobre el falso supuesto de que el señor Juan Guillermo Martínez Suárez desempeñó las funciones de empleado particular del Colegio de San Simón y que como ecónomo estaba obligado a laborar en los domingos y días festivos y que efectivamente los trabajó en el número e intensidad mencionados en la demanda sin haber recibido la sobrerremuneración de ley, el H. Tribunal concluye que el Colegio de San Simón de Ibagué como cualquier patrono particular sometido al Código Sustantivo del Trabajo está en la obligación de pagar la cantidad de tres mil seiscientos veinticuatro pesos con sesenta y un centavos ($ 3.624.61) moneda corriente por dicho concepto.

"En esta forma el H. Tribunal dejó de aplicar las normas contenidas en los artículos 3º, 4º y 492 del Código Sustantivo del Trabajo que excluyen a los trabajadores oficiales de la aplicación del Código Sustantivo del Trabajo y los someten en cuanto al Derecho Individual a las disposiciones especiales que se dicten y a las que regían al momento de entrar en vigencia dicho Código; y a través de la no aplicación de las disposiciones citadas el H. Tribunal aplicó indebidamente los preceptos contenidos en los artículos 172, 173, 174, 177 y 179 del Código Sustantivo del Trabajo que consagran el descanso dominical y en días festivos y la forma como se debe remunerar a los trabajadores y patronos particulares (sic).

"Si el H. Tribunal no hubiera incurrido en los errores de hecho anotados y que lo llevaron a la violación de las normas sustantivas que se mencionan en el presente cargo, habría tenido que concluir necesariamente que, por cuanto el Colegio de San Simón de Ibagué es un establecimiento público, las relaciones individuales de trabajo con sus servidores se rigen no por el Código Sustantivo del Trabajo sino por las normas que estaban vigentes en el primero (1º) de enero de 1951 (fecha en que comenzó la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo) y no habiéndose demostrado el trabajo en domingos y festivos a que alude la demanda, no era conducente condenar a la entidad demandada al pago de sobrerremuneración por dominicales y festivos en cuantía de $ 3.624.61 moneda corriente".

Se considera

Como es fácil observar, los errores de hecho atribuidos por el acusador a la sentencia pueden agruparse en dos series distintas, pues los unos se refieren a la calidad jurídica del Colegio, que incide en la naturaleza del vínculo con sus empleados y obreros, mientras los otros se concretan al aspecto de la prestación de los servicios reclamados.

En cuanto a lo primero, el sentenciador hace un examen cuidadoso del problema; prohija la clasificación de las fuentes de trabajo según su origen estatal, particular o mixto; admite que "los establecimientos públicos, bien sean de carácter oficial o de carácter mixto, pueden tener empleados sujetos al derecho administrativo y trabajadores con los que existe o se presume un contrato de trabajo"; transcribe, por estimarlos pertinentes, los Arts. 4º del Decreto 652 de 1935, 4º del Decreto 2127 de 1945 y 5º del Código Político y Municipal, como también el encabezamiento de los estatutos del Colegio de San Simón en donde se hace mérito de los Decretos ejecutivos de 1822 y 1837, firmados por el General Francisco de Paula Santander, que lo instituyeron, y de las Leyes 12 de 1877, del Estado Soberano del Tolima, 57 de 1887 y 39 de 1903, y concluye:

"No hay duda por lo transcrito que el Colegio de San Simón es un establecimiento público, de origen mixto, que presta servicios de interés general y que sus empleados

están sujetos al régimen administrativo pero no sus obreros". (Las subrayas son de la Sala).

Después de analizar las funciones del ecónomo, sostiene que éste "no es un empleado, sino un trabajador en que (sic) predominan las actividades materiales sobre las intelectuales". Y entra a aplicar al caso del ecónomo-demandante los Arts. 134, 172, 174, 179 y 488 del CST.

La primera serie de los aludidos errores de hecho carece de todo fundamento pues en la providencia impugnada no sólo no se da por demostrado que el actor haya sido un "trabajador particular" del Colegio ni se niega que éste sea "un establecimiento público de creación legal", sino que se destaca el origen estatal o mixto del mencionado instituto, su calidad de "establecimiento público" y aún se exagera la nota al declarar que "sus empleados están sujetos al régimen administrativo", sin excepción ninguna.

La aplicación, desde luego indebida, de las citadas normas del Código Laboral a las relaciones entre un establecimiento público, de creación legal, y uno de sus trabajadores, no pudo entonces provenir de tales errores de hecho, en que no incurrió el sentenciador.

Por lo que hace a la segunda serie de los pretendidos errores, el fallador de segundo grado ciertamente da por probado que el actor trabajó seis horas diarias en 175 domingos y festivos (no en los 271 de que habla el libelo inicial), luego de relacionar, resumir o transcribir parcialmente los mismos elementos probatorios que el impugnante reputa mal apreciados.

Tanto el certificado oficial del Vicerrector del Colegio ("trabajó los días domingos y festivos... durante el lapso comprendido entre el 20 de enero al 30 de noviembre de 1962"), como los testimonios de Juan Francisco Ruiz ("yo siempre lo ví en los días domingos y festivos, entre las siete y diez de la mañana, que era la hora de nosotros tomar el desayuno en el economato; nunca me acuerdo de haber notado ausencia de él durante todo el tiempo que él trabajó en el Colegio"), Luis Martínez ("trabajó todos los domingos y días feriados, tanto de carácter nacional como religioso, desde las siete de la mañana hasta la una de la tarde, sin ninguna excepción... del 19 de abril de 1958 hasta 1961 inclusive; lo antes declarado me consta por haber sido, como dije, vicerrector del mencionado Colegio y haber presenciado tales hechos") y Pedro Torres ("como ecónomo trabajó los días domingos, religiosos y nacionales festivos... desde las 7 a. m. hasta la 1 p. m., como era costumbre en dicho establecimiento y en estas fechas"), adolecen de la vaguedad peculiar de toda afirmación demasiado general. Pero ellos bastarían para que la convicción del sentenciador no resulte evidentemente equivocada, como tampoco lo habría sido la convicción contraria, en razón de esa misma vaguedad.

Y cualesquiera que fueren las afirmaciones de los otros deponentes mencionados en el gravamen (ninguno de los cuales, por lo demás, niega el trabajo del actor en los días de descanso a que el fallo se concreta), lograrían prevalecer sobre las de los citados Ruiz, Martínez y Torres, dada la soberanía del fallador de instancia para la estimación de las pruebas y muy especialmente de la testimonial.

El libelo inicial, la inspección ocular y el dictamen pericial, que el acusador invoca igualmente como mal apreciados, no desvirtúan la labor dominical y en festivos aceptada en la sentencia. La falta de un horario estricto para el ecónomo, que el perito destaca, no es inconciliable con esa labor; y si en el acta de inspección ocular se habla de asignaciones fijadas para once meses en un año, o si en el libelo se confiesan períodos de actividad anual comprendidos "entre el 10 de enero y el 20 de noviembre", esa diferencia entre el año lectivo y el año de calendario no aparece desconocida en el certificado del Vicerrector, ni rechazada por los testigos, ni ignorada por el Tribunal. De ahí que éste último, al hacer sus cómputos, diga: "Del 1º de agosto al 30 de noviembre de 1960 y del 10 de enero al 30 de junio de 1961... del 1º de julio al 30 de noviembre de 1961 y del 10 de enero al 30 de noviembre de 1962", como también que entre el 30 de noviembre de 1959 y el 31 de julio de 1960

no liquide los 48 domingos y festivos que ese lapso comprende sino apenas 37.

Por ninguno de los aspectos examinados puede prosperar el cargo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo recurrido.

Sin costas en el recurso.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO VERBAL DE TRABAJO

Cesantía, primas de servicio y vacaciones no disfrutadas. — Causal 1ª del Art. 87 del C. P. del T. — Acusación por violación de la ley laboral sustantiva como consecuencia de errores de hecho. — Reconocimiento de la excepción de inepta demanda respecto de uno de los demandados. — Del acervo probatorio recogido en el expediente se infiere que el demandante, peluquero de profesión, fue empleado de la demandada. — Correcta apreciación del Tribunal ad-quem respecto de la aplicación del Art. 1794 del C. C., al caso de autos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre veintitrés de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau).

En demanda que quedó radicada en el Juzgado Tercero del Trabajo de Medellín, el señor Luis Roberto Varela pidió que Angela Arango de Jaramillo y Jesús Ocampo fueran condenados, solidaria o separadamente, a pagarle las sumas correspondientes a "cesantía; primas de servicio; vacaciones; idemnización por la violación del contrato de trabajo en su duración presuntiva; doble remuneración por dominicales y festivos nacionales y religiosos; aumento de salarios: Decreto extraordinario 0118/57; recargo legal del 35% por jornada continua; horas extras", e indemnización por mora, y costas del juicio.

Como fundamentos de hecho alegó el haber laborado al servicio de los demandados, mediante contrato verbal de trabajo, entre el 14 de octubre de 1950 y el 11 de marzo de 1960, como barbero en el establecimiento de peluquería de propiedad de los demandados, con un salario promedio de $ 15.00 diarios; que trabajaba de las 7 de la mañana a las 8 de la noche, todos los días de la semana, inclusive los domingos y festivos nacionales y religiosos, y que el citado 11 de marzo de 1960 fue despedido sin justa causa.

El juzgado puso fin a la primera instancia en la siguiente forma: declaró probada la excepción de inepta demanda con relación al demandado Jesús Ocampo, quien había alegado no ser propietario de la barbería; condenó a Angela Arango de Jaramillo a pagar diversas sumas por cesantía, primas de servicio, vacaciones y aumento de salarios y la absolvió de los demás cargos del libelo.

Tramitada la segunda instancia en virtud de apelación de ambas partes, el Tribunal Superior de Medellín confirmó el reconocimiento de la excepción de inepta demanda respecto a Jesús Ocampo; modificó las sumas a cuyo pago fue condenada Angela de Jaramillo por cesantía, primas de servicio y vacaciones no disfrutadas; reconoció parcialmente, a partir de determinadas fechas, la excepción de prescripción con relación a primas de servicios y vacaciones, y confirmó la absolución de la demanda con relación a los otros cargos del libelo.

Contra tal decisión del Tribunal interpusieron recurso de casación las dos partes contendientes; pero debido a que el demandante no pagó los portes de correo que le correspondían, la sentencia fue declarada ejecutoriada con relación a él. En el trámite ante esta Sala sólo se declaró admisible el recurso respecto a la demandada Angela de Jaramillo. La parte opositora no presentó alegato.

El recurrente invoca la causal 1ª del Art. 87 del C. de P. del Trabajo y configura sus acusaciones a la sentencia del Tribunal en cinco "fundamentos".

En el primero señala como violados, por indebida aplicación, los artículos 22. 23, 24, 57, 144, 186, 189, 249, 206 del C. S. del Trabajo; 603, 604, del Código Judicial, y 1769 del C. C., como consecuencia de errores de hecho evidentes provenientes de la mala apreciación de unas pruebas y de la falta de apreciación de otras.

Afirma que el Tribunal fundamentó su fallo en las declaraciones de Luis Felipe Torres y Luis Carlos Vélez Herrera, y en un certificado de los Seguros Sociales; pero que aquellas declaraciones fueron mal apreciadas, al sacar la errónea conclusión de que el demandante laboraba para la demandada en las condiciones de hecho configuradoras de un contrato de trabajo; que, por otra parte, el ad-quem dejó de apreciar las posiciones absueltas por el demandante y la declaración jurada que había rendido él mismo en juicio distinto y trasladada a éste por lo cual cometió (en) el mismo error; y que si no lo hubiera cometido habría llegado a la conclusión de que el demandante no fue empleado de la demandada, sino que tenía celebrado con ésta un contrato de carácter civil. Considera que como consecuencia de tal error se violaron las normas antes citadas.

En el "fundamento" segundo se refiere el recurrente a la otra base probatoria de la sentencia acusada: el certificado de los Seguros Sociales, que a su juicio no prueba que el demandante hubiera sido inscrito en dicha institución por la demandada, sino tan sólo que aquél había sido inscrito por el anterior dueño de la barbería, y que, además, no hay constancia de que en las cotizaciones hubiera intervenido la demandada.

En este aparte indica como violados, por indebida aplicación, los Arts. 22, 23, 24, 186, 189, 249 y 306 del C. S. del T. "de la manera como indiqué en los numerales 19 a 22 de este escrito", numerales pertenecientes al "fundamento' primero.

En el tercero ataca la afirmación del Tribunal de que no pudo realizarse entre las partes un contrato de arrendamiento, como alega la demandada, y estima violado, por interpretación errónea, el Art. 1974 del C. C., y los 186, 189, 249 y 306 del C. S. del T., por aplicación indebida.

En el cuarto afirma que si no se trata de una violación directa del Art. 1974 del C. C., debe considerarse la violación indirecta del mismo, por apreciación equivocada de pruebas, que también condujo a la violación indirecta de los Arts. 186, 189, 249 y 306 del C. S. del T. de la manera indicada en el fundamento tercero.

Finalmente, en el quinto el recurrente sostiene que como consecuencia de "la defectuosa apreciacion de las pruebas" a que hizo referencia en los otros, el Tribunal violó, por aplicación indebida, los Arts. 1º, 18, 22, 23, 186, 189, 249 y 306 del C. S. del Trabajo.

Como fácilmente puede advertirse, el recurrente, en definitiva, alega que se violaron las diversas disposiciones laborales sustantivas que señala a lo largo de su acusación, como consecuencia de errores de hecho.

Es verdad que en las declaraciones de Luis Felipe Torres y Luis Carlos Vélez Herrera y en lo dicho por el demandante se encuentran referencias a que no había en el establecimiento de la demandada un reglamento de trabajo; a que los barberos podían dejar de asistir al trabajo por algunos días sin ser reprendidos; a que podían entrar y salir cuando a bien lo tuvieran; y a que las sumas que cobraban a los clientes eran al final de cada jornada, divididas con la demandada, a quien quedaba un 40% todo lo cual parecería apoyar la tesis de la inexistencia de un contrato laboral por carencia del elemento subordinación. Pero no es menos cierto que de esas pruebas resulta también que los operarios estaban sometidos a cobrar tarifas fijadas por la demandada; que ésta tenía un administrador a quien los barberos le iban dando el dinero que les entregaban los clientes, si bien al final de la jornada ellos recibían el 60% de lo cobrado; que la demandada les suministraba los elementos necesarios para el trabajo, tales como local, sillas, jabones, cremas, etc., poniendo los barberos sólo su trabajo personal, aunque alguno de ellos pudo haber utilizado una "máquina" propia; que el demandante no tenía llave, y que había laborado como trabajador dependiente del antiguo dueño de la barbería, de todo lo cual infirió el Tribu-

nal la existencia de un contrato de trabajo. Ahora bien: en esta conclusión del Tribunal no puede advertirse un error de hecho evidente.

Máxime si se tiene en cuenta que el certificado de los Seguros Sociales, aludido por el Tribunal como apoyo secundario de su anterior conclusión, y mencionado también por el recurrente, puede corroborar dicha conclusión. En efecto, aunque dicho documento no dice que fue la demandada quien inscribió al demandante, sino que esto lo hizo el inmediato anterior propietario de la barbería, ni que ella había estado pagando las cuotas de rigor, sí demuestra inequívocamente que el demandante estuvo inscrito en el Instituto durante todo el tiempo en que trabajó en aquel establecimiento siendo éste ya de la demandada, y legalmente corresponde hacer las cotizaciones al dueño de la empresa respecto a la cual esté inscrito un determinado trabajador. Por lo menos no puede configurarse error de hecho de carácter evidente en tal apreciación probatoria del Tribunal.

Si, pues, del acervo probatorio recogido en el expediente puede inferirse fundadamente, tal como infirió el Tribunal, o a lo menos, sin incurrir en equivocación que pueda calificarse de evidente, que el demandante fue un empleado de la demandada, no violó la sentencia las diversas normas laborales que señaló el recurrente como infringidas por indebida aplicación, y por consiguiente no incurrió en violación de ley al derivar de tal calidad las consecuencias naturales que correspondían de conformidad con la legislación laboral y en consonancia con lo pedido en el libelo.

En cuanto a la pretendida violación por interpretación errónea del Art. 1794 del C. C., que define el contrato de arrendamiento, debe anotarse que fue correcta la apreciación del Tribunal, de que este contrato no puede versar sobre cosas que se consumen con el uso, hecha a propósito del alcohol y las cremas que usaba el demandante. Y que por lo que hace a la subsidiaria acusación de haberse violado el mismo precepto indirectamente, como consecuencia de errores de hecho, basta anotar que ya se vio cómo no incurrió el Tribunal en ellos, a lo menos con carácter de evidentes.

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Subrayado: "en" no vale.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EXCEPCION PERENTORIA DE PRESCRIPCION DE LA ACCION

Sentencia absolutoria a Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca) por accidente sufrido por aeronave de propiedad de la empresa demandada. — Objeto de la excepción perentoria. — Prescripción de acciones. — Término para la prescripción de éstas. — Fenómeno de la prescripción a los derechos y acciones que emanen de los accidentes de trabajo. — Derecho a la indemnización ordinaria y plena autorizada por el Art. 216 del CST. — El momento en que la respectiva obligación se hace exigible varía de un caso a otro, según sean los hechos jurídicos que las configuran. — Interrupción de la prescripción consagrada en el Art. 488 del CST. — La Corte ratifica su criterio al respecto, expuesto en fallo de 21 de mayo de 1963.

1. La excepción perentoria tiene por objeto destruir o aniquilar el derecho invocado en juicio por el demandante, de manera que para declararlo extinguido por prescripción, es necesario examinar si aquél tuvo existencia, pues no fenece sino lo que ha tenido vida. Sólo cuando se ha afirmado la existencia del derecho, se impone el examen de las excepciones propuestas o alegadas para decidir si se hallan o no probadas.

2. Establece el Art. 488 del C. S. T. que las acciones correspondientes a los derechos reconocidos en el mismo Código prescriben en tres años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Si se compara el texto del precepto con los apartes de la sentencia antes transcritos, se concluye que no existe contradicción ni desvío entre lo dispuesto por la norma y lo expresado por el Tribunal. El fallo acusado no contraría el espíritu de la disposición que el recurrente considera infringida pues no le atribuye a ésta una significación y alcance que no le corresponde. Por el contrario, lo que hace es repetir lo ordenado en el Art. 488, al expresar que el término de tres años para la prescripción de las acciones correspondientes a los derechos establecidos por el C. S. T., se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

3. Según el precepto contenido en el Art. 2512 del Código Civil, la prescripción es también un modo de extinguir las acciones o derechos ajenos. Asume en este caso los caracteres de una excepción, que afecta a la acción nacida de un vínculo jurídico obligacional, hasta extinguirla por razón de no haberse ejercido durante el tiempo establecido por la ley, como lo dispone el Art. 2535 ibídem. Este tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible según reza la citada norma, adoptándose igual criterio en materia laboral, conforme lo estatuye el Art. 488 del C. S. T. y 151 del C. P. L.

La prescripción liberatoria de las acciones y derechos ajenos se consuma en plazos muy variables que para los distintos casos, reglamenta la ley. Los mencionados Arts. 488 del C. S. T. y 151 del C. P. L. establecen, como regla general, una prescripción de corto tiempo, tres años, respecto a las acciones correspondientes a los derechos regulados en el Código Sustantivo del Trabajo.

Según los precisos términos del Art. 2535 del C. C., como de lo preceptuado en el Art. 488 del C. S. T. y 151 del C. P. L., la prescripción extintiva empieza a contarse a partir del día en que la obligación se haya hecho exigible, o sea, desde que haya acción para demandar el cumplimiento de la obligación, entendiéndose por tal la simple po-

sibilidad de obrar. Si el acreedor no ejerce su acción, tiene que soportar la consecuencia de que su derecho prescriba desde que pudo obrar y no accionó.

Haciendo aplicación práctica del fenómeno de la prescripción a los derechos y acciones que emanan de los accidentes de trabajo, debe advertirse que de ello surgen dos clases de obligaciones, a saber: en especie y en dinero. Estas se gradúan teniendo en cuenta la incapacidad temporal, o la permanente parcial o total, la gran invalidez y, en su caso, la muerte del trabajador.

Cuando el trabajador sobrevive al accidente, las obligaciones en especie a cargo del patrono (asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria) se hacen exigibles a partir del día de la ocurrencia del siniestro. Igual cosa ocurre con las obligaciones en dinero por razón de la incapacidad temporal, en que el trabajador tiene derecho a que se le pague el salario ordinario completo hasta por seis meses.

En los demás casos, las prestaciones en dinero, graduadas según la correspondiente tabla de valuaciones, como toman en cuenta la calificación de la incapacidad, o, en su caso, el fallecimiento del accidentado, sólo se hacen exigibles una vez terminada la atención médica y desde que se clasifiquen mediante dictamen médico, con sujeción a lo que sobre el particular disponen las normas legales y reglamentarias consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo y en el Decreto 832 de 1953.

Situación distinta se contempla en todos los casos de accidente de trabajo en que la muerte del trabajador se produce en forma inmediata y simultánea al siniestro, pues en tal evento, las obligaciones en dinero se hacen exigibles desde el día del accidente, el cual marca a la vez el inicial de la prescripción, sin que para el caso importe si en el accidente intervino o no culpa patronal.

En efecto, no puede remitirse a duda que en estos casos el derecho a la indemnización ordinaria y plena autorizada por el artículo 216 del C. S. T., nace a la escena jurídica desde el día en que ocurre el siniestro y causa la muerte, puesto que el derecho indemnizatorio tiene su fundamento en la culpa patronal interviniente en la ocurrencia del accidente, que constituye la causa jurídica de pedir. Desde ese mismo momento se hace exigible la indemnización, porque desde entonces los herederos del trabajador fallecido tienen acción para demandar el cumplimiento de la obligación impuesta al patrono culpable en la ocurrencia del infortunio de trabajo. Esa misma fecha marca el punto de partida de la computación de los plazos para que se opere el fenómeno de la prescripción liberatoria, por no haberse ejercido la acción durante el tiempo establecido por la ley. Determinada la existencia de la obligación y la fecha en que ésta se hace exigible, la tarea ulterior del Juez en los juicios en que se opone la excepción de prescripción, se reduce a verificar la exactitud de la computación del tiempo y a darla por operada. De todo lo anterior se deduce que para precisar desde qué momento se hace exigible una obligación, para los efectos del cómputo de la prescripción extintiva de la acción correspondiente, deben tenerse en cuenta los distintos factores y circunstancias de hecho que juegan en cada caso particular, tal como ocurre con los derechos y obligaciones correlativas que surgen a la vida jurídica a consecuencia de los accidentes de trabajo. Como puede observarse de las distintas hipótesis que contempla la ley, el momento en que la respectiva obligación se hace exigible varía de un caso a otro, según sean los hechos jurídicos que las configuran.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., 30 de septiembre de 1965. (Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes A.).

Telmo Acevedo Osorio, por medio de apoderado, llamó a juicio a la empresa Aerovías Nacionales de Colombia, S. A., con domicilio principal en Barranquilla, representada por su Presidente Juan Guillermo Restrepo Jaramillo. La demanda solicita la declaración de que Aerovías Nacionales de Colombia, S. A., "es civilmente responsable por descuido, imprevisión o negligencia culpable, del accidente ocurrido al avión de su propiedad marca Douglas Tipo C-47, matrícula colombiana HK 131, el día 9 de

abril de 1953, en las inmediaciones del corregimiento de Curumaní en las estribaciones de la serranía de Los Motilones, en viaje de Barranquilla con destino Gamarra, Barrancabermeja y Bogotá, a consecuencia del cual perecieron el Piloto Santiago París Rojas y el Copiloto Guillermo Acevedo Ardila". Con base en ella pide "se condene a la empresa demandada a pagar a la sucesión intestada del Copiloto Guillermo Acevedo Ardila o, a sus herederos, representados por su padre legítimo señor Telmo Acevedo Osorio, el valor de los perjuicios materiales y morales ocasionados con la muerte del nombrado Copiloto Guillermo Acevedo Ardila, que se fije en el juicio, o que fije el Juzgado conforme a derecho, computados desde la fecha del accidente hasta el día del pago de la indemnización". Para el caso de no fijarse el monto de la indemnización dentro del juicio, solicita se haga mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial. Pide se condene a la empresa demandada a pagar las costas del juicio.

Dijo el demandante, que Guillermo Acevedo Ardila, prestó sus servicios como Copiloto a la empresa demandada desde el 23 de agosto de 1950 hasta el 9 de abril de 1953, fecha esta última en que tuvo ocurrencia el accidente de la aeronave Douglas, Tipo C-47 matrícula colombiana HK 131 de propiedad de la misma empresa, la cual iba comandada por el Piloto Santiago París Roca y por el Copiloto Guillermo Acevedo Ardila, siniestro en el cual perecieron éstos cuando viajaban de Barranquilla con destino Gamarra, Barrancebermeja y Bogotá. Que la referida nave, perteneciente a la demandada, se encontraba el día del accidente bajo el cuidado y vigilancia de la empresa, que la usaba y explotaba por su cuenta y riesgo; que el viaje de la aeronave el día en que ocurrió el siniestro, se efectuaba con la autorización de los empleados superiores de la empresa. Que el Copiloto Guillermo Acevedo Ardila era hijo legítimo del demandante Telmo Acevedo Osorio y Edelmira Ardila, y que murió soltero, sin dejar descendientes, sobreviéndole su padre, pues doña Edelmira falleció en el mes de octubre de 1955. Que el Copiloto Guillermo Acevedo Ardila al tiempo del siniestro tenía 29 años de edad y que se distinguía por sus magníficas condiciones personales de todo orden y que para esa época iba a ser ascendido al cargo de Capitán Piloto por la empresa a la cual prestaba sus servicios. Que "las circunstancias que rodearon el accidente y sus causas determinantes denuncian, sin duda, por lo menos, para esa época, un mal funcionamiento o una organización interna deficiente en la empresa, lo cual se debía a culpa imputable a ella misma, culpa o hechos que se cometían por causa o con ocasión del servicio de transportes aéreos que explotaba y continúa explotando". En el hecho séptimo, expresó lo siguiente: "De acuerdo con el informe del Departamento Nacional de Aeronáutica Civil las causas determinantes del accidente sufrido por la aeronave HK 131 de propiedad de la empresa demandada, el día 9 de abril de 1953 fueron: desvío pronunciado de la ruta lo cual permitió el impacto del avión contra un cerro, en vuelo por instrumentos; persistencia de la anomalía que se presentó anteriormente en el reglaje de las superficies de control, o del alineamiento de los planos o de sus puntos de alas; descompensación de las brújulas, a consecuencia de la influencia magnética de parte de la carga que transportaba el avión; falta de radioayudas para navegación en la zona en que se operaba; exceso de peso o carga en relación con la capacidad máxima del avión y falta de vigilancia o control en el cargue del avión y en la colocación de la carga, etc.". Finalmente, expresa la demanda que el Copiloto Guillermo Acevedo Ardila devengaba un sueldo básico mensual de $ 900.00 y algunas primas como sueldo complementario.

Como fundamentos de derecho, dijo que la acción se apoya en el "Derecho común sobre responsabilidad civil y que autoriza el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo".

La respuesta a la demanda acepta la vinculación laboral, el tiempo de servicios, la ocurrencia del siniestro en que perdió la vida el hijo del demandante y el hecho de que la aeronave HK 131 era de pertenencia de la demandada. Dijo no constarle lo relacionado en el hecho quinto; niega las

afirmaciones contenidas en los hechos sexto y séptimo, agregando que el siniestro no puede atribuirse a deficiencias del material de vuelo ni a falta de prudencia y diligencia por parte de la sociedad demandada, pues que ocurrió de manera instantánea, imprevista e irresistible. Niega que en el informe del Departamento Nacional de Aeronáutica Civil se señalen como causas determinantes del accidente las relacionadas en el hecho séptimo de la demanda y presenta algunas aclaraciones sobre este informe. Acepta el sueldo devengado por el Copiloto Acevedo y agrega que en el último año de servicios lo recibido por éste como promedio de trabajo en horas extras y viáticos fue de $ 191.09 por mes. Se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenas solicitadas, y propuso como excepciones las que denominó: Inexistencia de la obligación, fuerza mayor o caso fortuito; ausencia de culpa de la Sociedad demandada, pago y prescripción.

En primera instancia el juicio terminó por sentencia proferida por el Juzgado Primero del Trabajo de Barranquilla, que fue el del conocimiento. Dispuso en su parte resolutiva, lo siguiente: "1º Declárase probada la excepción perentoria de prescripción de la acción propuesta por el doctor Fulgencio Fernández Giraldo, apoderado judicial de la empresa demandada. 2º Sin costas".

La parte vencida interpuso recurso de apelación. La sentencia de segundo grado dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla dispuso reformar la sentencia del Juzgado "en el sentido de confirmar la declaratoria de probar la excepción de prescripción y absolver consecuencialmente a Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca) de los cargos de la demanda". No hizo condenación en costas.

El apoderado del demandante interpuso el recurso de casación, que, le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y tramitado en legal forma, se pasa a decidir, teniendo en cuenta la demanda de casación presentada y el correspondiente escrito de réplica.

Alcance de la impugnación

Aspira a que la Corte case totalmente el fallo impugnado para que en su lugar y convertida en Tribunal de instancia, se acojan las súplicas de la demanda inicial.

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. P. L., formula dos cargos que se estudian a continuación.

Primer cargo

Acusa violación del artículo 488 del C. S. T. por errónea interpretación, y consecuencialmente del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo por habérsele dejado de aplicar.

En el desarrollo del cargo luego de transcribir una doctrina del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo que considera pertinente al caso en estudio, agrega que la sentencia impugnada es violatoria de la ley porque interpretó el artículo 488 del C. S. T.' en un sentido distinto del natural y obvio de sus palabras", según el cual se cuenta el tiempo de la prescripción desde que la obligación se ha hecho exigible, esto es, "desde que ha nacido el derecho a reclamar el pago correspondiente, y no desde el día del accidente, como erróneamente lo interpretó el sentenciador de instancia, cuando en realidad, ni la doctrina, ni el pensamiento latente del texto de la norma, ni sus antecedentes en relación con el artículo 2335 del Código Civil, autoriza esa interpretación y menos esa aplicación, sino las de que el lapso de la prescripción extintiva de los derechos o acciones consagrados en los Estatutos Civil, Laboral Sustantivo y Procesal, no comienza a correr sino desde el momento en el cual la incapacidad resultante del accidente sea definida en su clase, de modo que el accidentado, o quien sus derechos represente, se encuentre en condiciones de conocer la indemnización que le corresponde".

Más adelante agrega: "En el caso concreto del derecho instituído en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, no cuenta, para el cálculo del plazo de su prescripción el día de partida, dies a-quo, el día del accidente, sino el en que la obligación se ha hecho, por lo menos, presuntivamente exigible, legal y jurídicamente considerada. Esto es, el día en que quede establecida la culpa del patrono, o sea: el

día en que termine la investigación de las causas del accidente".

Termina el cargo afirmando que el Tribunal al aplicar el artículo 488 del C. S. T. en relación con el 151 del C. P. L. "en el sentido de contar el plazo de la prescripción del derecho o acción que se ventila en este juicio, a partir del día del acaecimiento del accidente, rebasó los límites de su contenido, y lo violó interpretándolo erróneamente".

Segundo cargo

Acusa la sentencia de violar el artículo 489 del C. S. T., por haberlo dejado de aplicar, como consecuencia de error de hecho evidente en los autos proveniente de haber dejado de apreciar una prueba y por estimar erróneamente otras.

En el desarrollo de la acusación, dice que el Tribunal, sin respaldo en la realidad procesal y sin analizar y apreciar los elementos probatorios aportados al juicio, estima que en el caso de autos no se presentó prueba alguna de la cual se deduzca la interrupción de la prescripción que en el fallo se acepta y reconoce, por lo cual incurrió en error de hecho evidente, que lo condujo a la violación indirecta de la norma que estima infringida.

Agrega que las pruebas dejadas de apreciar son: el informe de la Aeronáutica Civil relacionado con las causas determinantes del accidente del Avión HK 131. (Fls. 13 a 21 del cuaderno principal). La fecha de este documento sirve de partida para la fijación del término prescriptivo del derecho o acción que consagra el artículo 216 del C. S. T. Los comprobantes de folios 31 y 32 suscritos por el demandante Telmo Acevedo y por Edelmira Ardila de Acevedo, respectivamente, y en los cuales consta lo recibido por cada uno de ellos de la empresa Avianca por concepto del seguro de vida de Guillermo Acevedo. El documento del folio 33 que contiene un informe sobre la liquidación del seguro de vida del Copiloto Acevedo. Los documentos de folios 34 a 36 referentes a la liquidación y pago del auxilio de cesantía que correspondía a Guillermo Acevedo Ardila hecho a Telmo Acevedo y a Edelmira Ardila de Acevedo.

Dice el recurrente que estos documentos probatorios se relacionan con el escrito a que se refiere el artículo 489 del C. S. T., 'suficiente para producir el fenómeno jurídico de la interrupción de la prescripción de la acción". Que el Tribunal al afirmar la ausencia de pruebas relacionadas con la interrupción de la prescripción incurrió en un error de hecho evidente, por no estimar los documentos mencionados, error que lo condujo a no aplicar el artículo 489 del C. S. T., siendo aplicable al caso en estudio.

El opositor en el escrito de réplica manifiesta, respecto al primer cargo, que no existe la errónea interpretación de la norma que atribuye el recurrente a la sentencia del Tribunal. Que ella se atempera precisamente al contenido de las disposiciones que el recurrente estima infringidas. Respecto al segundo cargo dice que ninguna de las pruebas señaladas por el recurrente tiene virtualidad suficiente para producir la interrupción de la prescripción. Además, agrega, el recurrente no invoca la norma sustantiva que dejó de aplicar o aplicó indebidamente el sentenciador como consecuencia del supuesto error de hecho.

Se examinan los cargos:

El Tribunal funda su decisión en estas consideraciones:

"Estudiada la cuestión este Tribunal considera que se trata de una acción eminentemente de carácter laboral. Que su fundamento está en el artículo 216 del C. S. T., de carácter contractual porque emana de un contrato de trabajo. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en el C. S. T., prescriben en tres (3) años que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Igual norma tiene el C. P. del T. en su artículo 151.

"El mismo C. S. T. en su artículo 489 establece como interrupción de la prescripción el reclamo escrito del trabajador (no del causahabiente recibido por el patrono acerca de un derecho determinado, y en ese caso la prescripción empieza a contarse a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.

"Como dice el Juez a-quo no se ha presentado prueba alguna de la cual se deduzca que ha sido interrumpida la acción y

por lo tanto debe ser declarado que este fenómeno jurídico operó y debe ser absuelta la empresa demandada".

La parte pertinente del fallo de primer grado a que el Tribunal se refiere, expresa lo siguiente:

"El Juzgado al estudiar el expediente encuentra que evidentemente el accidente que dio origen a la presente reclamación ocurrió el día 9 de abril de 1953, y la demanda fue introducida en el Juzgado de turno el día 17 de abril de 1956, es decir que habían transcurrido más de los tres años de que hablan los artículos 488 del C. S. del Trabajo y 151 del C. P. Laboral. Como en el expediente no hay constancia alguna que demuestre que la prescripción fue interrumpida por alguno de los medios que brinda la ley y como las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, el Juzgado de conformidad con los artículos 488 del C. S. del Trabajo, y 151 del C. de Procedimiento Laboral, declarará probada la excepción de prescripción propuesta oportunamente por la demandada".

Se considera:

Son hechos probados en el juicio, que las partes no discuten, los siguientes: Que Guillermo Acevedo Ardila estando al servicio de la empresa demandada, como Copiloto del avión HK 131 pereció en el accidente de aviación ocurrido el 9 de abril de 1953; que Avianca pagó a Telmo Acevedo Osorio y a Edelmira Ardila de Acevedo la prestación por muerte del trabajador, equivalente al valor doblado del seguro de vida (Fls. 31 y 32); la presentación al Juzgado de la demanda el 17 de abril de 1956; la notificación del auto admisorio de la misma el 11 de mayo siguiente; por último, la proposición por la parte demandada de la excepción, en la debida oportunidad.

La acción intentada por el demandante se dirige a obtener la indemnización total y ordinaria de perjuicios, por considerar que exista culpa suficientemente comprobada de la Empresa Avianca, en la ocurrencia del accidente de trabajo en que perdió la vida el Copiloto Guillermo Acevedo Ardila.

En primer término, observa la Sala: el sentenciador para declarar prescrita la acción incoada y aplicar las normas que la consagran, estimó suficiente efectuar la simple comparación de fechas, para concluir que si entre la del accidente y la de presentación del libelo, el término transcurrido era superior a tres años, era el caso de declarar probada la excepción propuesta, sin el examen del caso debatido.

No fue acertado el procedimiento adoptado por el Tribunal. Ningún análisis se hace en el fallo sobre los presupuestos en que se funda la indemnización de perjuicios que se reclama, ni se investiga si el derecho a cuya prosperidad se opone la excepción alegada, fue o no adquirido por el actor. La excepción perentoria tiene por objeto destruir o aniquilar el derecho invocado en juicio por el demandante, de manera que para declararlo extinguido por prescripción, es necesario examinar si aquél tuvo existencia, pues no fenece sino lo que ha tenido vida. Sólo cuando se ha afirmado la existencia del derecho, se impone el examen de las excepciones propuestas o alegadas para decidir si se hallan o no probadas.

Con relación al primer cargo, la Sala considera que el Tribunal no interpretó erróneamente el artículo 488 del C. S. T. Establece esta norma que las acciones correspondientes a los derechos reconocidos en el mismo Código prescriben en tres años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Si se compara el texto del precepto con los apartes de la sentencia antes transcritos, se concluye que no existe contradicción ni desvío entre lo dispuesto por la norma y lo expresado por el Tribunal. El fallo acusado no contraría el espíritu de la disposición que el recurrente considera infringida pues no le atribuye a ésta una significación y alcance que no le corresponde. Por el contrario, lo que hace es repetir lo ordenado en el artículo 488 al expresar que el término de 3 años para la prescripción de las acciones correspondientes a los derechos es-

tablecidos por el C. S. T., se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Igual observación cabe hacer respecto a los argumentos esgrimidos por el acusador con el propósito de demostrar la infracción del artículo 151 del C. de P. L. que estima violado por el mismo concepto.

El recurrente trata de controvertir la apreciación del Tribunal respecto al momento en que se hace exigible el derecho a la indemnización de perjuicios prevista en el artículo 216 del C. S. T., y al efecto afirma que en el caso de autos, esa posibilidad jurídica no tuvo ocurrencia desde el día en que se produjo el siniestro de aviación a consecuencia del cual pereció el Copiloto Guillermo Acevedo Ardila, según dice la sentencia, sino desde el día en que quedó establecida la culpa del patrono.

A lo anterior, observa la Sala: Según el precepto contenido en el artículo 2512 del Código Civil, la prescripción es también un modo de extinguir las acciones o derechos ajenos. Asume en este caso los caracteres de una excepción, que afecta a la acción nacida de un vínculo jurídico obligacional, hasta extinguirla por razón de no haberse ejercido durante el tiempo establecido por la ley, como lo dispone el Art. 2535 ibídem. Este tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible según reza la citada norma, adoptándose igual criterio en materia laboral, conforme lo estatuye el Art. 488 del CST. y 151 del CPL.

La prescripción liberatoria de las acciones y derechos ajenos se consuma en plazos muy variables que, para los distintos casos, reglamenta la ley. Los mencionados Arts. 488 del CST y 151 del CPL. establecen, como regla general, una prescripción de corto tiempo, tres años, respecto a las acciones correspondientes a los derechos regulados en el Código Sustantivo del Trabajo.

Supuesto lo anterior, se llega al punto de determinar desde qué fecha corre la prescripción extintiva. Según los precisos términos del Art. 2535 del C. C., como de lo preceptuado en los Arts. 488 del CST. y 151 del CPL., ésta empieza a contarse a partir del día en que la obligación se haya hecho exigible, o sea, desde que haya acción para demandar el cumplimiento de la obligación, entendiéndose por tal, la simple posibilidad de obrar. Si el acreedor no ejerce su acción, tiene que soportar la consecuencia de que su derecho prescriba, desde que pudo obrar y no accionó.

Haciendo aplicación práctica del fenómeno de la prescripción a los derechos y acciones que emanan de los accidentes de trabajo, debe advertirse que de ellos surgen dos clases de obligaciones, a saber: en especie y en dinero. Estas se gradúan teniendo en cuenta la incapacidad temporal, o la permanente parcial o total, la gran invalidez y, en su caso, la muerte del trabajador.

Cuando el trabajador sobrevive al accidente, las obligaciones en especie a cargo del patrono (asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria) se hacen exigibles a partir del día de la ocurrencia del siniestro. Igual cosa ocurre con las obligaciones en dinero por razón de la incapacidad temporal, en que el trabajador tiene derecho a que se le pague el salario ordinario completo hasta por seis meses.

En los demás casos, las prestaciones en dinero, graduadas según la correspondiente tabla de valuaciones, como toman en cuenta la calificación de la incapacidad, o, en su caso, el fallecimiento del accidentado, sólo se hacen exigibles una vez terminada la atención médica y desde que se clasifiquen mediante dictamen médico, con sujeción a lo que sobre el particular disponen las normas legales y reglamentarias consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo y en el Decreto 832 de 1953.

Situación distinta se contempla en todos los casos de accidente de trabajo en que la muerte del trabajador se produce en forma inmediata y simultánea al siniestro, pues, en tal evento, las obligaciones en dinero se hacen exigibles desde el día del accidente, el cual marca a la vez el inicial de la prescripción, sin que para el caso importe si en el accidente intervino o no culpa patronal.

En efecto, no puede remitirse a duda que en estos casos el derecho a la indemnización ordinaria y plena autorizada por el Art. 216 del CST, nace a la escena jurídica desde el día en que ocurre el siniestro y causa la muerte, puesto que el derecho indemnizatorio tiene su fundamento en la culpa patronal interviniente en la ocurrencia del acci-

dente, que constituye la causa jurídica de pedir. Desde ese mismo momento se hace exigible la indemnización, porque desde entonces los herederos del trabajador fallecido tienen acción para demandar el cumplimiento de la obligación impuesta al patrono culpable en la ocurrencia del infortunio de trabajo. Esa misma fecha marca el punto de partida de la computación de los plazos para que se opere el fenómeno de la prescripción liberatoria, por no haberse ejercido la acción durante el tiempo establecido por la ley. Determinada la existencia de la obligación y la fecha en que ésta se hace exigible, la tarea ulterior del Juez en los juicios en que se opone la excepción de prescripción, se reduce a verificar la exactitud de la computación del tiempo y a darla por operada.

De todo lo anterior se deduce que para precisar desde qué momento se hace exigible una obligación, para los efectos del cómputo de la prescripción extintiva de la acción correspondiente, deben tenerse en cuenta los distintos factores y circunstancias de hecho que juegan en cada caso particular, tal como ocurre con los derechos y obligaciones correlativas que surgen a la vida jurídica a consecuencia de los accidentes de trabajo. Como puede observarse de las distintas hipótesis que contempla la ley, el momento en que la respectiva obligación se hace exigible varía de un caso a otro, según sean los hechos jurídicos que las configuran.

Por lo dicho, no resulta establecida la violación de las normas legales a que se refiere la acusación, y menos por el motivo que en ella se expresa. El cargo no prospera.

Con relación al segundo cargo observa la Sala que, en lo sustancial, lo que por él trata de demostrarse es que la fecha del informe sobre el accidente del avión HK 131 en que se contienen las conclusiones a que llegó la Aeronáutica Civil en relación con las causas determinantes del siniestro, es igualmente la fecha que sirve de partida para computar el término prescriptivo del derecho o acción que consagra el Art. 216 del CST (Fls. 13 a 21 del cuaderno principal). Para desvirtuar este aspecto de la acusación la Sala estima suficientes las razones expuestas al examinar el primer cargo, en cuya oportunidad dejó claramente establecido que en el caso sub-judice la acción del demandante debió ejercitarse a partir de la fecha del accidente en que perdió la vida el Copiloto Guillermo Acevedo Ardila.

La cita que el acusador hace de otros documentos que considera como dejados de apreciar por el sentenciador y capaces, en su concepto, de interrumpir la prescripción de la acción, no tienen el valor ni el alcance que les otorga el recurrente, porque ninguno de ellos contiene o menciona siquiera reclamo alguno del demandante a la empresa demandada, en que se exija la indemnización ordinaria y total de perjuicios que se pretende en el presente juicio, con fundamento en lo previsto por el Art. 216 del CST, o en que se afirme o insinúe que el siniestro de aviación en que perdió la vida el Copiloto Acevedo, tuvo ocurrencia por culpa imputable al patrono.

Por lo demás, el cargo se formula en forma deficiente, porque contiene una proposición jurídica incompleta, pues sólo se indica como infringido el Art. 489 del CST.

Al efecto, basta reproducir aquí lo que tuvo oportunidad de expresar esta Sala de la Corte al decidir un caso en que se planteó el mismo problema de la interrupción de la prescripción que consagra el Art. 488 del CST y en el que dejaron de invocarse, entre otras, las normas del Código Civil que regulan la interrupción de la prescripción extintiva contenida en ese estatuto. En esa oportunidad, se dijo:

"Las razones que expone el acusador demuestran que fue indebida la aplicación de los Arts. 488 y 406 del CST. Sin embargo, no es viable el cargo, porque en la decisión influyen no sólo las normas citadas, sino también las que en el Código Civil rigen la interrupción civil de la prescripción extintiva, contenidas en los Arts. 2539 y 2524. Ello es así porque no regulando la interrupción el estatuto laboral sustantivo, tienen aplicación, de acuerdo con su Art. 19, como derecho supletorio, los mencionados preceptos del Código Civil, cuya violación no acusa el impugnador. Para el caso la proposición jurídica viene a estar integrada por el grupo de normas de que se ha hecho mérito, pertenecientes al derecho común y al del trabajo y no únicamente por las de éste, por

lo cual aquélla resulta incompleta". (Casación Laboral. Sentencia de fecha 21 de mayo de 1963. Juicio seguido por Luis Carlos Rivera contra la Sociedad Hacienda Remolino y Santiago, S. A.).

Por lo expuesto el cargo resulta ineficaz y no prospera.

Por las razones 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 NO CASA la sentencia recurrida, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO DE CONFORMIDAD CON EL ART. 22 DEL C. S. T.

Elementos esenciales de éste y ausencia de riesgo económico para el empleado u obrero.

El Art. 22 del C. S. T. define el contrato laboral como aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración; y el 23 de la misma obra señala como elementos esenciales de tal contrato: a) la actividad personal del trabajador; b) su continuada dependencia respecto del patrono; y c) un salario como retribución del servicio. De estos elementos obviamente se deriva otro más, cual es la ausencia de riesgo económico para el empleado u obrero, ya que si él actúa por cuenta y bajo la continuada dependencia del empleador o patrono y sólo compromete su actividad personal mal puede correr riesgo alguno por virtud del insuceso en que pueda verse envuelta la empresa a la cual sirve. El riesgo es característico, por eso, del contrato de empresa, y se excluye en forma absoluta del contrato laboral.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, diez y nueve (19) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965). (Proyectó el Auxiliar: Doctor Diógenes Sepúlveda M.).

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio laboral promovido por Isabel Crespo de Escobar contra la Fábrica de Cemento Samper.

I. Antecedentes

Demandó la nombrada Isabel Crespo de Escobar a la expresada Fábrica para que, mediante la tramitación de un juicio ordinario laboral, se la condenase a pagarle las prestaciones determinadas en el libelo, con fundamento en los siguientes hechos:

a) Desde hace años la empresa demandada es dueña de un casino para el suministro de alimentación a sus trabajadores;

b) La dotación de ese casino es de propiedad de la empresa;

c) Como dueña del casino, la empresa suministra alimentación a sus trabajadores a precios que ella misma fija de acuerdo con las circunstancias;

d) Entre otras personas, la misma empresa confió la administración del casino a la demandante;

e) Esta administró el casino desde el primero de agosto de mil novecientos cuarenta hasta el diez y siete de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres;

f) El doce de diciembre del año que se acaba de mencionar la señora Crespo de Escobar fue retirada de la administración;

g) Esta fue entregada por la demandante el diez y seis del mismo mes de diciembre;

h) La remuneración de que ella disfrutó durante el lapso en que ejerció la administración no fue inferior a quinientos pesos mensuales;

i) Gozó además de casa de habitación suministrada por la empresa y de los servicios de luz, agua y carbón;

j) Al ser destituída la demandante sufrió perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante; y

k) La empresa no le ha pagado las respectivas prestaciones.

La Fábrica de Cemento Samper se opuso a la demanda alegando, entre otros varios motivos, el de que el contrato verbal celebrado con la demandante no era laboral sino de otra naturaleza, por cuanto que la contratista "estuvo completamente libre de toda relación de continuada subordinación o dependencia respecto de la empresa".

La sentencia de primera instancia, dictada en audiencia pública por el Juez 6º Laboral del Circuito de Bogotá, tras declarar probada la excepción perentoria de inexistencia de la obligación, absolvió a la empresa de los cargos formulados, decisión de la cual apeló la parte vencida para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien la confirmó por los mismos motivos expuestos en aquella providencia.

III. La acusación

La demandante acusa la sentencia de segundo grado, en casación, por violación indirecta de los artículos 22, 23, 24, 28, 64, 65, 177, 179, 186, 189, 249, 253 y 306 del CST, a causa de error de hecho producido por "desestimación que hizo el Tribunal de unas pruebas (...) y por errónea apreciación de otras". Según el recurrente, "las pruebas dejadas de apreciar por el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, son las documentales que aparecen a los folios 6 a 10 de los autos, y la diligencia de inspección ocular y el dictamen pericial que obran a los folios 136 a 141", y las apreciadas erróneamente "las declaraciones de los señores Cosme Antonio Prieto y Joaquín Samper". Tales desestimación y errónea apreciación condujeron al fallador de instancia a dar por no establecido que la demandante "obedecía instrucciones de la empresa que se le daban por conducto de los administradores del depósito de contador; que los precios de las alimentaciones eran señalados por la Fábrica; que ésta establecía el horario dentro del cual debían suministrarse tales alimentaciones; que se le prohibía dar alimentación a personas extrañas a la empresa; que se le señalaba cómo debían ser las comidas y permanentemente se le estaba llamando la atención por reclamos que formulaban los trabajadores de la Fábrica que allí tomaban su alimentación".

IIII. Examen del cargo

Un único cargo formula la recurrente contra la sentencia de segundo grado: el de violación indirecta de las normas arriba mencionadas a causa de error de hecho en que incurrió el fallador de instancia por desestimación de unas pruebas y errónea apreciación de otras.

La cuestión debatida en el recurso es la relativa a la existencia de un contrato laboral entre las partes. Sobre el particular expresa la sentencia acusada:

"El primer elemento, según dicha norma (el artículo 23 del CST), exige que el trabajador realice por sí mismo la labor, porque si para el cumplimiento de sus obligaciones necesita del concurso de otras personas desaparece este elemento. Pues bien, en el caso de estudio la señora Crespo de Escobar atendía el Casino de la empresa ayudada por varias sirvientas quienes eran contratadas, pagadas y despedidas por ella; así lo demuestran las personas que tales oficios desempeñaban (Fls. 128 a 131) Concepción Arévalo, Fls. 132 a 134) y María Leonilde Acevedo (Fls. 179 a 181).

"(...) Desde luego que no se discute que la señora de Escobar tuviese que ejecutar todos los trabajos en el casino, sino que ella tenía allí con la ayuda de otras personas y de la empresa un negocio de venta de alimentos no sólo para los trabajadores de Cemento Samper sino también para otros de Vibroblok, Duroblok, Urbanización Cedritos, Country Club, etc. (declaración de María Leonilde Acevedo)".

A lo cual replica la demandante recurrente que no era autónoma por los motivos arriba expresados, y además, porque la Empresa le pagaba "como remuneración por los servicios que le prestó como administradora del casino, una subvención mensual de cincuenta pesos; un auxilio especial, de acuerdo con el número de alimentaciones que suministraba, cuyo promedio, en el úl-

timo año, fue de trescientos treinta y un pesos con treinta y nueve centavos", y que "también, y fuera de lo anterior, la Empresa le suministró alojamiento para ella y su familia, y los servicios de luz, agua, etc."; todo lo cual "fue avaluado pericialmente en la cantidad de cien pesos mensuales". Y que, "teniendo en cuenta que los cincuenta pesos mensuales tenían destinación especial, subsidio para el casino, puede concluirse que el resto, o sea, la suma de cuatrocientos cuarenta y un pesos con treinta y nueve centavos, constituía la remuneración que le pagaba la Fábrica como retribución por los servicios de administradora del casino".

Debe en primer término anotarse que la sola circunstancia de que en el fallo no se mencionen una o varias pruebas demostrativas del mismo hecho que se entiende acreditado como fundamento de la decisión, no quiere decir que se las desestime o aprecie mal, si las en que la providencia se apoya son suficientes para tenerlo por establecido, pues la omisión sólo significa en este caso que para el juzgador tienen las que cita mayor fuerza de convicción que las que omite por considerar que nada agregan a las tenidas en cuenta. El juez está obligado a examinar todo el haz probatorio, mas no a estudiar y comentar todas y cada una de las pruebas aducidas en el juicio cuando ello es innecesario.

La prueba documental visible a folios 6 a 10 del expediente consiste en un aviso de la Fábrica a los trabajadores relacionado con el precio fijado a la alimentación en el casino a partir del primero de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho; una comunicación dirigida por la misma Fábrica a la demandante en que pone de presente como irregularidad que había de corregirse el suministro de alimentación a personas extrañas a la empresa; otra comunicación en que dicha empresa, tras hacer referencia a la dependencia en que el casino está respecto de la Fábrica y a la circunstancia de ser ésta la que suministra "los enseres, el carbón, el agua y la luz", además de pagar a la demandante una subvención en dinero, establece el horario "dentro del cual es obligatorio para el contratista dar alimentación completa al personal de nómina de la Fábrica", se dispone dar prelación "al personal de turno y al que esté trabajando durante las horas fijadas para el desayuno, y el almuerzo y la comida", y se insiste en que no se dé alimentación en el casino a los particulares "dentro de las horas fijadas para el servicio al personal de Fábrica", a la vez que se expresa que "en el casino podrá darse alimentación a algunos particulares, previa autorización individual dada por el jefe de turno"; y la carta en que se avisa a la demandante la celebración de otro contrato con distinta persona para la prestación del servicio y se le dan instrucciones para la entrega de los elementos y enseres a su cuidado.

Cuanto a la diligencia de reconocimiento judicial y al dictamen de peritos, tales piezas se limitan a establecer las sumas percibidas por la demandante por concepto de los auxilios y subvenciones que la empresa le reconocía.

Las declaraciones de los señores Cosme Antonio Prieto y Joaquín Samper expresan, por su parte, que la señora Isabel Crespo de Escobar nunca tuvo horas fijas de trabajo ni se sometió al horario de entradas y salidas que regían en Contador; que podía consiguientemente llegar al trabajo o retirarse de él cuando lo tuviere a bien; que no obraba a órdenes de la Administración; que no llegó a figurar en nómina ni planilla de trabajadores; que vendía alimentación y víveres a los empleados y obreros en las horas señaladas al efecto, y que asimismo compraba los víveres y demás elementos que necesitaba en donde a bien lo tenía, sin consultar con nadie; que lo que adquiría lo pagaba con sus propios fondos; que el personal de que se servía también era pagado por ella, de su peculio propio; que vendía alimentos y víveres a personas extrañas a la Fábrica, a precios que fijaba ella misma; que las quejas que en algunas ocasiones le formuló la empresa obedecieron a que la contratista atendía a personas extrañas a la empresa durante las horas destinadas a atender a los empleados y trabajadores de ésta; que la Fábrica le suministró el edificio donde funciona la cocina, el depósito de víveres y los comedores, así como la dotación necesaria que la contratista recibió por inventario; etc.

Todas las normas legales que el recurrente supone violadas por la sentencia de instancia suponen la existencia del contrato de trabajo, como que son las que definen esa convención o establecen ciertas prestaciones a favor del empleado u obrero vinculado al empleador o patrono por una relación contractual de tal naturaleza. De suerte que cualquiera que sea el concepto e violación por el cual se acusa el mencionado fallo, el éxito o fracaso de dicha acusación depende de que aparezca demostrado ese contrato.

El artículo 22 del CST define el contrato laboral como aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración; y el 23 de la misma obra señala como elementos esenciales de tal contrato, a) la actividad personal del trabajador; b) su continuada dependencia respecto del patrono; y c) un salario como retribución del servicio. De estos elementos obviamente se deriva otro más, cual es la ausencia de riesgo económico para el empleado u obrero, ya que si él actúa por cuenta y bajo la continuada dependencia del empleador o patrono y sólo compromete su actividad personal, mal puede correr riesgo alguno por virtud del insuceso en que pueda verse envuelta la empresa a la cual sirve. El riesgo es característico, por eso, del contrato de empresa, y se excluye en forma absoluta del contrato laboral.

De los expresados elementos la sentencia de instancia echa menos, apoyada en los testimonios de Concepción Arévalo y María Leonilde Acevedo, al primero, o sea, la actividad personal del trabajador, por cuanto que, según expresa el Tribunal, "en el caso de estudio la señora Crespo de Escobar atendía el casino de la empresa ayudada por varias sirvientas quienes eran contratadas, pagadas y despedidas por ella", de modo que lo que tenía era "un negocio de venta de alimentos no sólo para los trabajadores de Cemento Samper sino también para otros de Vibroblok, Duroblok, Urbanización Cedritos, Country Club, etc.".

Las declaraciones de las testigos Concepción Arévalo y María Leonilde Acevedo, en las cuales se funda el anterior concepto del fallador de segunda instancia, dan cuenta de que ellas prestaron sus servicios a la demandante recurrente, contratadas y pagadas por ésta, y sin relación alguna laboral con la empresa; lo que aparece corroborado con los testimonios de los señores Cosme Antonio Prieto y Joaquín Samper, y aún con la propia manifestación de la señora Crespo de Escobar, quien en carta dirigida al gerente el veintiseis de junio de mil novecientos cincuenta y dos, en que le solicita un reajuste de precios, dice: "El pago del servicio que en esa época se hacía entre $ 10.00 y $ 15.00 ha subido en un ciento por ciento, hasta el hecho de hoy día (sic) se paga a una sirvienta $ 40.00, más las prestaciones sociales, que tienen que salir de mi bolsillo, aumentando en esta forma las pérdidas que me está ocasionando el negocio". No cabe en duda entonces de que la demandante no tenía comprometida solamente su actividad personal sino también la de otras personas que ella misma contrataba y que trabajaban para ella y no para la fábrica, con lo cual el contrato con ésta aparece configurado más que como laboral como uno de obra o de empresa. Concepto que se reafirma cuando se considera que la contratista y no la fábrica soportaba el riesgo, como aquélla lo manifiesta en la carta citada, y que como aparece de numerosas pruebas no contestadas el negocio no consistía solamente en el suministro de alimentos y víveres a los empleados y obreros de la Fábrica de Cemento Samper sino también a otros extraños a élla.

La circunstancia, así, pues, de que la contratista recibiera instrucciones sobre horario de trabajadores —obvio desde luego en cualquier empresa medianamente organizada— y sobre la calidad de la alimentación que a aquéllos debía suministrar, así como que fuera la fábrica quien señalara el precio que podía cobrarse a sus obreros y que prohibiera que se diera alimentación a personas extrañas durante las horas reservadas para que se prestara ese servicio a sus empleados, en nada desvirtúa la autonomía de que gozaba, naturalmente dentro de las limitaciones que le imponía el contrato. Aún pruebas que el recurrente indica como erróneamente apreciadas, tales co-

mo las declaraciones de Prieto y Samper, concurren a demostrar que la demandante era una empresaria autónoma, ligada eso sí a la fábrica por un contrato de obra; y que, consiguientemente, el Tribunal no incurrió en el error de hecho que se le atribuye, ya que las demás pruebas que el recurrente alega por entender que fueron desestimadas en el fallo acusado nada expresan que pueda entenderse como contrario a lo que se deja expuesto.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este negocio.

Se condena a la parte recurrente en las costas del recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía O., Secretario.



NATURALEZA JURIDICA DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO COMO ENTIDAD DEMANDADA

Los servidores vinculados a esta entidad por contrato individual de trabajo, tienen el carácter de trabajadores oficiales. — Sus relaciones laborales no se gobiernan por el régimen legal del Código Sustantivo del Trabajo sino por los estatutos especiales que se dicten al efecto. — Alcance y significación del artículo 492 del C. S. del T. — Derecho a la indemnización moratoria.

1. La sentencia reconoce expresamente que el demandante estuvo vinculado a la Caja Agraria por un contrato de trabajo, conforme a lo dispuesto por el Art. 4º del Decreto 2127 de 1945, agregando que dicha entidad es un establecimiento público de creación legal y que, por tanto, sus servidores aunque se les considere vinculados por contrato individual de trabajo, tienen el carácter de trabajadores oficiales, y en consecuencia el régimen legal que gobierna sus relaciones laborales no es el que se contiene en el Código Sustantivo del Trabajo, que sólo se aplica a los trabajadores particulares, sino que se rige por los estatutos especiales que se dicten al efecto, según lo previene el Art. 4º del C.S.T., y, mientras ello ocurre, aplicando el derecho individual del trabajo que regía para los trabajadores oficiales con anterioridad al nuevo Código de la materia, según lo ordena el Art. 492 ibídem.

Tampoco es atendible el cargo en cuanto acusa violación de los Arts. 1º de la Ley 6ª de 1945 y 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 2127 de 1945, pues estas normas se limitan a definir el contrato de trabajo y a precisar los casos en que esta figura jurídica puede darse por establecida, pero por sí mismas no crean, extinguen o modifican relaciones jurídicas, y es bien sabido que en casación sólo inciden los preceptos de derecho material de la naturaleza expresada. En cuanto a la violación de los artículos 22, 23, 24 y 107 del C.S.T., cabe hacer la misma observación de que por medio de esas disposiciones no se establece o crea ningún derecho o prestación de los que el recurrente pretende le sean reconocidos. Por lo demás, como se afirma en la sentencia, el régimen individual del Código Sustantivo del Trabajo no es aplicable a los trabajadores oficiales, cuestión que el impugnante no ataca ni trata de controvertir.

2. Al disponer el Art. 492 del C. de P. P., que quedan vigentes las normas que regulan el salario mínimo, el seguro social obligatorio, y el derecho individual del trabajo en cuanto se refiere a los trabajadores oficiales, debe entenderse como reiteradamente ha expresado la jurisprudencia de esta Sala de la Corte al fijar el alcance y significación de esa norma, que tratándose de un trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo, sus relaciones jurídicas de derecho individual no se rigen por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, sino por normas especiales, vigentes conforme a lo mandado por el citado Art. 492.

3. El Tribunal considera que el régimen legal aplicable a la relación de trabajo entre el demandante y la Caja de Crédito Agrario, no es el establecido por el C.S.T., en vista de que el demandante fue un trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo. Este fundamento de la sentencia no lo ataca el recurrente. Además, sobre el extremo de la indemnización por mora pedida en el libelo inicial, el Tribunal examinó el derecho que pudiera tener el deman-

dante a través de lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945, en el Art. 52 del Decreto 2127 del mismo año y del Art. 1º del Decreto 797 de 1949, para concluir que la citada ley no consagra el derecho a la indemnización moratoria y que los Decretos 2127 y 797 antes mencionados, no podían aplicarse, por exceder la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República.

Así las cosas, ocurre que la tesis del Tribunal sobre este punto, no obstante haber sido rectificada por la Corte en distintos fallos de casación no es atacada por el recurrente, sino que, como se ha visto se limita a acusar violación del Art. 65 del C.S.T., con apoyo en un supuesto error de hecho que atribuye al sentenciador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veinticinco de octubre de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes A).

Cecilio Gutiérrez A., por medio de apoderado, llamó a juicio a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, para que se declare que entre el demandante y la entidad demandada existió un contrato de trabajo que se desarrolló entre el 1º de junio de 1936 y el 20 de agosto de 1957; que la demandada "está en la obligación de pagar la prestación en dinero, determinada por el inciso a) del artículo 278 del C.S. del T., es decir el valor correspondiente a diez meses de salario". Que se efectúe un reajuste en la liquidación de vacaciones y cesantía de acuerdo con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, para lo cual deberá tenerse en cuenta toda suma recibida por el demandante en el mismo período. Pidió, también, se la condenase a pagar la indemnización por mora prevista en el Art. 65 del C.S. del T.

Para fundamentar su acción, dijo que Cecilio Gutiérrez entró al servicio de la Caja de Crédito Agrario el 1º de junio de 1936 y que fue retirado el 20 de agosto de 1957. Que el 5 de febrero de 1956 el demandante sufrió la fractura del fémur derecho, lesión que le fue tratada en esta ciudad y en los Estados Unidos, por disposición de la Empresa. Que regresó a sus labores el 23 de julio de 1957, presentando "una fractura mal consolidada del fémur derecho con pseudoartrosis y con anquilosis de la rodilla del mismo lado". Que la lesión le "dejó una invalidez permanente parcial, que fue clasificada en el Grupo V., ordinal 29- 45%, por el doctor Horacio Gutiérrez Latorre, médico jefe de la Caja de Crédito Industrial y Minero". Que el 20 de agosto de 1957 el Jefe de Personal de la entidad demandada, por medio de la comunicación número V-7264, le manifestó que la Junta Directiva de la Caja "había resuelto cancelar el contrato de trabajo" y la orden de acercarse a las oficinas de personal "para el pago de la pensión de invalidez". Que el 29 de octubre de 1957 recibió otra comunicación del Director del Departamento de Personal de la Caja en la cual se le manifestaba que de acuerdo con conceptos de la Sección Jurídica, no podía pagársele la prestación de invalidez pues debía darse aplicación a lo dispuesto por el ordinal 2º del Art. 278 del C. S.T.; que para la liquidación de vacaciones y cesantía no se tuvo en cuenta el valor del auxilio recibido por el demandante durante su permanencia en los Estados Unidos; que la demandada demoró el pago de las prestaciones sin causa justificada para ello.

La Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, por medio de apoderado constituido al efecto, aceptó los hechos primero, segundo, tercero, quinto, sexto, séptimo y noveno, agregando algunas aclaraciones y consideraciones de orden jurídico, respecto de cada uno de ellos. Al hecho cuarto dijo atenerse al concepto médico; al hecho octavo, manifestó que la Caja no estaba obligada legal ni moralmente a pagar dos pensiones acumuladas, —la de jubilación y la de invalidez—, al demandante. Al décimo dijo no ser cierto, y agregó algunas explicaciones al respecto. Negó el derecho que alega el demandante para formular las súplicas de su demanda. Como excepciones perentorias propuso las que denominó "inexistencia de la obligación", "carencia de acción" y las demás que puedan resultar demostradas en el juicio.

Surtido el trámite de rigor, el Juez Primero del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, profirió sentencia de primer grado, por medio de la cual declara no pro-

badas las excepciones propuestas por la parte demandada y la condena a pagar al demandante, $ 16.500.00 por auxilio de invalidez, $ 1.760.00 "por salarios caídos" (punto segundo literales a y b). Absuelve a la demandada de las peticiones tercera y cuarta de la demanda (punto tercero) y la condena parcialmente en costas (punto cuarto).

La parte vencida apeló de la decisión del Juzgado. Correspondió a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidir el recurso de alzada, mediante sentencia por la cual se revoca "en todas sus partes" el fallo apelado y en su lugar absuelve a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero de todos los cargos formulados en la demanda y condena al demandante a pagar las costas de la primera instancia.

El apoderado del demandante interpuso el recurso de casación. Admitido y tramitado en legal forma, la Sala pasa a decidirlo teniendo en cuenta la demanda presentada y el correspondiente escrito de réplica.

El recurso

Alcance de la impugnación.

Persigue que la Corte case totalmente la sentencia acusada para que convertida en Tribunal de instancia se condene a la Caja de acuerdo con lo pedido en la demanda inicial y conforme a lo fallado por el Juez de primer grado.

Con base en la causal primera del Art. 87 del C. P. L., formula tres cargos, que se estudian a continuación.

Primer cargo

Lo presenta así:

"Acuso el fallo recurrido por error de hecho evidente, por falta de apreciación de las pruebas que demuestran la calidad de trabajador de don Cecilio Gutiérrez, vinculado a la Caja por un contrato de trabajo, que lo indujo a violar, por apreciación indebida, los artículos 1º de la ley 6ª de 1945; 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 2127 de 1945; artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo sobre contrato individual de trabajo, en relación con el artículo 107 del mismo texto, en cuanto jurídicamente establece que el reglamento de trabajo hace parte del contrato individual de cada uno de los trabajadores del respectivo establecimiento.

"También acuso ese fallo por interpretación errónea del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, sobre inclusión del contrato de trabajo en las entidades de carácter público, por ser instituciones que se explotan con fines de lucro".

En el desarrollo de la acusación, dice que el Tribunal después de determinar la naturaleza jurídica de la entidad demandada, la cataloga como establecimiento público para concluir que quienes prestan servicios a tales establecimientos, son empleados públicos. Que con apoyo en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 clasifica luego a los empleados públicos en dos categorías, para fijar la competencia de la justicia laboral en el conocimiento de los juicios de aquéllos que se encuentran vinculados por un contrato de trabajo pero "sin que tal relación pueda hacerlos acreedores a los derechos establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo, conclusión fatal que no es el producto de un razonamiento, que deje en el ánimo la satisfacción de serio y meditado silogismo jurídico".

Agrega que el Tribunal debió encarar el estudio del fallo del juzgado partiendo del contrato de trabajo (folio 3) y de los apartes del reglamento de trabajo (Fls. 83 y 84), y no como procedió, estudiando previamente la naturaleza jurídica de la Caja de Crédito Agrario, puesto que estando vinculado el demandante por un contrato de trabajo, la jurisdicción de esta clase tiene competencia para decidir los conflictos que se originen directa o indirectamente de dicho contrato.

Que el Tribunal no apreció el contrato de trabajo que obra al folio 3º, omisión que incidió fundamentalmente en la clasificación de la relación entre las partes, pues la existencia de ese documento denota una situación contractual y no una vinculación puramente administrativa, lo que hizo incurrir al sentenciador en error evidente de hecho "al ignorar la característica contractual de la relación, con lo cual violó por indebida aplicación las normas sobre contrato de trabajo anteriormente citadas".

Dice que el Tribunal por haber dado preferencia al estudio relacionado con la naturaleza jurídica de la Caja y, en cambio,

no apreciar la prueba en que consta el contrato de trabajo, pudo concluir "que a los empleados públicos no les es aplicable el C.S. del T.". Que el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 no estableció por capricho la diferencia "entre los empleados públicos con vínculo puramente administrativo y los vinculados por una relación de contrato de trabajo", sino para determinar que las relaciones de los primeros se rigen por leyes especiales y las de los segundos por normas generales. Que a éstos se les aplican todas las disposiciones del C.S.T., "mientras no haya disposición especial para ellos y que expresamente lo determine".

Segundo cargo

Afirma que la sentencia es violatoria "por apreciación errada del artículo 492 del C. S. T.", al sostener equivocadamente que dicho Código no es aplicable al demandante, entendiendo que esa disposición tiene carácter restrictivo. En su desarrollo dice que "es taxativo en cuanto dispone qué normas quedan vigentes" o sea, que tienen vida jurídica lo mismo que las del Código, pero que esa norma no dice que el C.S.T., no sea aplicable a las personas vinculadas por contrato de trabajo, así sea con entidades de carácter público. Que la ley es general y sólo deja de aplicarse cuando hay norma especial para el caso controvertido. Agrega que con razón se ha dicho que no existe Código del Trabajo sino del trabajador, por lo que no puede verse diferencia de éste según preste su servicio a una entidad que se califique como de servicio público si tiene el mismo ánimo de lucro que otra no catalogada como tal. Que debe tener el mismo derecho el uno que el otro. Que el fallo dejó de lado toda consideración relacionada con el trabajador para ocuparse únicamente de la naturaleza jurídica de la entidad demandada, "todo lo cual lo indujo por un aspecto al error de hecho y por otro, a la apreciación errada de la disposición comentada".

Tercer cargo

Lo presenta así:

"Acuso el fallo recurrido por error de hecho evidente, también por falta de apreciación en la prueba que aparece al folio tercero, que demuestra la calidad de trabajador del demandante y en consecuencia violó por apreciación indebida el artículo 65 del C. S. del T., en su numeral 1º, que impone a la Caja la sanción por el retardo del pago de las prestaciones".

Para sustentarlo dice que si no hubiera sido por el error de hecho en que incurrió el Tribunal, "hubiera concluido afirmando que la Caja estaba en la obligación de pagar la indemnización por el retardo en el pago de las prestaciones, como así lo estableció el juzgador a-quo, que no llegó a la conclusión de no ser aplicable el Código, por tratarse de un empleado del servicio público".

Se examina la acusación.

El Tribunal para decidir la presente litis, estimó necesario, en primer término, precisar la naturaleza jurídica de la entidad demandada, y llegó a la conclusión de que "los trabajadores que prestan servicio a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, son oficiales, aunque vinculados con ésta por una relación laboral contractual, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 4º del Decreto 2127 de 1945" y con base en ello concluyó afirmando la competencia de la jurisdicción del trabajo para conocer del presente juicio, agregando que "por tratarse de un trabajador oficial no le son aplicables las disposiciones del C. S. del T., sino las que regían con anterioridad a la expedición de éste según lo preceptuado por el artículo 492 del mismo estatuto".

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal examina luego el régimen legal dentro del cual se desarrolló la relación contractual de trabajo entre las partes para concluir que no existe norma consagratoria de la prestación reclamada en el punto primero de la demanda, que sea aplicable a los trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo, pues el auxilio de invalidez de que trata el Art. 278 del C.S.T., beneficia únicamente a los trabajadores particulares.

Agrega la sentencia que, en el caso de autos se trata de un trabajador de carácter oficial vinculado con la entidad demandada

por un contrato de trabajo, por lo cual no le son aplicables las normas del Código Sustantivo del Trabajo, sino las que regían con anterioridad a la expedición de éste, según lo preceptuado por el Art. 492 del mismo estatuto.

La Sala considera:

Afirma el recurrente, en el primer cargo, que el Tribunal desconoció la existencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes y que incurrió en ese error por no apreciar el documento respectivo que obra al folio 2 del cuaderno principal.

Estima la Sala que carece de fundamento la anterior apreciación del recurrente y que ella resulta contraria a la realidad procesal, pues la sentencia reconoce expresamente que el demandante estuvo vinculado a la Caja Agraria por un contrato de trabajo, conforme a lo previsto por el Art. 4º del Decreto 2127 de 1945, agregando que dicha entidad es un establecimiento público de creación legal y que, por tanto, sus servidores aunque se les considere vinculados por contrato individual de trabajo, tienen el carácter de trabajadores oficiales, y en consecuencia el régimen legal que gobierna sus relaciones laborales no es el que se contiene en el Código Sustantivo del Trabajo, que sólo se aplica a los trabajadores particulares, sino que se rige por los estatutos especiales que se dicten al efecto, según lo previene el Art. 4º del C.S.T., y, mientras ello ocurre, aplicando el derecho individual del trabajo que regía para los trabajadores oficiales con anterioridad al nuevo Código de la materia, según lo ordena el Art. 492 ibídem.

El recurrente, como bien lo anota el opositor, no ataca los fundamentos del fallo y por tanto la acusación resulta inestimable.

Por lo demás, el cargo tampoco es atendible en cuanto acusa violación de los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945 y 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 2127 de 1945, pues estas normas se limitan a definir el contrato de trabajo y a precisar los casos en que esta figura jurídica puede darse por establecida, pero por sí mismas no crean, extinguen o modifican relaciones jurídicas, y es bien sabido que en casación sólo inciden los preceptos de derecho material de la naturaleza expresada. En cuanto a la violación de los Arts. 22, 23, 24 y 107 del C.S.T., cabe hacer la misma observación de que por medio de esas disposiciones no se establece o crea ningún derecho o prestación de los que el recurrente pretende le sean reconocidos. Por lo demás, como se afirma en la sentencia, el régimen individual del Código Sustantivo del Trabajo no es aplicable a los trabajadores oficiales, cuestión que el impugnante no ataca, ni trata de controvertir. El cargo no prospera.

El segundo cargo también resulta ineficaz, pues al disponer el Art. 492 del C.S.T., que quedan vigentes las normas que regulan el salario mínimo, el seguro social obligatorio, y el derecho individual del trabajo en cuanto se refiere a los trabajadores oficiales, debe entenderse como reiteradamente ha expresado la jurisprudencia de esta Sala de la Corte al fijar el alcance y significación de esa norma, que tratándose de un trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo, sus relaciones jurídicas de derecho individual no se rigen por las normas del C.S.T., sino por normas especiales, vigentes conforme a lo mandado por el citado Art. 492. Y precisamente, ésto es lo que se expresa en el fallo impugnado, con apoyo en la consideración de que los trabajadores de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, como lo fue el demandante, no son trabajadores particulares sino oficiales, aunque vinculados a esa entidad por un contrato de trabajo según lo previsto por el Art. 4º del Decreto 2127 de 1945. El cargo no prospera.

Acerca de las razones que presenta el recurrente para sustentar el tercer cargo en que acusa violación del Art. 65 del C.S.T., a consecuencia de error de hecho proveniente de no apreciar el contrato de trabajo celebrado entre las partes, observa la Sala:

El Tribunal considera que el régimen legal aplicable a la relación de trabajo entre el demandante y la Caja de Crédito Agrario, no es el establecido por el C.S.T., en vista de que el demandante fue un trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo. Este fundamento de la sentencia no lo ataca el recurrente. Además, sobre el extremo de la indemnización por mora pedida en el libelo inicial, el Tribunal examinó el dere-

cho que pudiera tener el demandante a través de lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945, en el Art. 52 del Decreto 2127 del mismo año y del Art. 1º del Decreto 797 de 1949, para concluir que la citada ley no consagra el derecho a la indemnización moratoria y que los Decretos 2127 y 797 antes mencionados, no podían aplicarse, por exceder la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República.

Así las cosas, ocurre que la tesis del Tribunal sobre este punto, no obstante haber sido rectificada por la Corte en distintos fallos de casación, no es atacada por el recurrente, sino que, como se ha visto se limita a acusar violación del Art. 65 del C. S. T., con apoyo en un supuesto error de hecho que atribuye al sentenciador. Por tal razón la acusación resulta inestimable y el cargo no prospera.

Con base en las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida en este juicio.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EMPRESA DE CARACTER ARTESANAL. — BUENA FE PATRONAL. — ABSOLUCION A LOS DEMANDADOS DE LA INDEMNIZACION POR MORA.

La buena fe del patrono se deduce de su conducta, es decir, de la posición que ha adoptado en el juicio al negar el derecho del demandante y de las pruebas que indiquen que tenía fundamento para adoptar esa posición. — Pero si siempre que se demostrare el derecho del trabajador y no ser fundada, desde el punto de vista de los hechos y de la ley, la posición asumida por el patrono en su defensa, se le condenare a la indemnización moratoria, no tendría aplicación alguna la jurisprudencia aceptada de que la buena fe lo exonera de la indemnización moratoria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre veintiséis de mil novecientos sesenta y cinco.

(Proyectó: Doctor José Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral).

Luis E. Velásquez, por medio de apoderado, demandó a los señores Luis A. Rodríguez, Jorge Rodríguez y Fernando Rodríguez, para que se les condene al pago del valor del auxilio de cesantía; de las primas de servicio; de los dominicales y días feriados; del tiempo faltante para cumplir el plazo presuntivo del contrato de trabajo; la indemnización moratoria y las costas del juicio. El apoderado del demandante relata así los hechos de la demanda: "1º Con fecha veintidós de marzo de mil novecientos cincuenta y seis mi mandante entró a trabajar al servicio de Luis A. Rodríguez, mediante contrato verbal de trabajo, por tiempo indefinido, en el depósito de maderas Santa Isabel, de esta ciudad; 2º Entre Rodríguez y mi mandante se pactó como salario la suma de trescientos cincuenta pesos ($ 350.00), como sueldo fijo y, un porcentaje, por concepto de comisiones, equivalente al tres (3%) por ciento sobre la venta bruta, lo que resultaba en promedio un sueldo de setecientos pesos ($ 700.00) mensuales; 3º Mi mandante en desempeño de su oficio viajó por seis veces consecutivas a los Llanos Orientales sin que hasta la fecha se le haya cubierto el valor de los viáticos y gastos de transporte causados; 4º Durante el tiempo que mi mandante trabajó al servicio de Rodríguez laboró ocho (8) domingos y cinco (5) días feriados sin que se le haya pagado, hasta ahora, el valor correspondiente al trabajo complementario; 5º En el año de mil novecientos cincuenta y siete, cuando aún mi mandante prestaba sus servicios a Luis A. Rodríguez, éste dijo dar en venta a sus hijos, Jorge y Fernando Rodríguez, la empresa Depósitos de Madera Santa Isabel, continuando mi mandante a órdenes de los nuevos propietarios; 6º El día cinco de junio de mil novecientos cincuenta y siete mi mandante fue despedido en forma intempestiva, sin cancelarle el valor correspondiente al tiempo faltante para cumplir el contrato presuntivo del trabajo; y 7º A mi mandante se le negó sistemáticamente el pago de la cesantía, las vacaciones, y primas de servicio correspondientes al tiempo servido a los demandados".

Al contestar la demanda el apoderado de Jorge y Fernando Rodríguez aceptó la prestación de servicios en beneficio de sus poderdantes, pero no en relación con Luis A. Rodríguez. Negó los demás hechos de la

demanda y contestó el séptimo en la siguiente forma: "Como el señor Velásquez no volvió, no hubo forma de tratar con él lo relacionado con las probables prestaciones. Además, como era empleado de manejo, y sus cuentas resultaban incompletas, conforme pudo comprobarse una vez abandonado el cargo, no era el caso de pagarle a quien estaba debiendo. En el libro de Caja de la empresa aparece el pago de la prima de servicios del segundo semestre de 1956. En cuanto a la cesantía, la empresa formada por los hermanos Jorge y Fernando Rodríguez es artesanal, en ella trabajan personalmente mis mandantes, y no ocupan más de cinco trabajadores, (Art. 251 del C. S. del Trabajo), razón por la cual no están obligados a pagar cesantía. Además, el señor Luis E. Velásquez perdió todo derecho al auxilio de cesantía, por cuanto que incurrió en el ordinal a) del Art. 250 del C. S. del Trabajo, conforme a la constancia respectiva".

Los demandados Jorge Rodríguez y Fernando Rodríguez consignaron al demandado la suma de trescientos pesos ($ 300.00) por concepto de prestaciones sociales que confesaron deberle. Cumplido el trámite de primera instancia el Juez Quinto Laboral de Bogotá, quien conoció del juicio, dictó el siguiente fallo: "Primero. Declárase probada parcialmente de oficio la excepción perentoria de pago en cuanto hace relación al auxilio de cesantía y a primas de servicios. Segundo. Condénase a los señores Luis A. Rodríguez C., Luis Fernando Rodríguez y Jorge Rodríguez, para que en forma solidaria paguen al señor Luis E. Velásquez. lo siguiente: a) La cantidad de setecientos cuarenta pesos con sesènta y cuatro centavos ($ 740.64) M|Cte., por concepto de auxilio de cesantía; b) La cantidad de seiscientos cincuenta y un pesos con dos centavos ($ 651.02) M|Cte., por concepto de primas de servicios; y c) La cantidad de veinticinco pesos con tres centavos ($ 25.03) M|Cte. diarios, contados a partir del día once (11) de julio de mil novecientos cincuenta y siete (1957) hasta que se verifique el pago de las condenas a que se contrae el presente fallo, a título de indemnización por el no pago oportuno de la cesantía y primas de servicios. Parágrafo. Autorízase a los demandados, para descontar el valor a que ascendió la condena por cesantía y primas de servicios, la cantidad de trescientos pesos ($ 300.00 M/Cte., suma que fue consignada a favor del trabajador en la cuenta de este Juzgado, la cual ya fue retirada por éste. Tercero. Absuélvese a los demandados, señores Luis A. Rodríguez C., Luis Fernando Rodríguez y Jorge Rodríguez, de los demás cargos formulados contra ellos en la demanda iniciada por Luis E. Velásquez, por conducto de apoderado. Cuarto. De conformidad con lo prescrito en el artículo 2º del Dècreto 0243 de 1951, condénase a los demandados a pagar, en forma solidaria, el cincuenta por ciento (50%) de las costas del presente juicio".

Apelaron ambas partes; el Tribunal Superior de Bogotá al decidir el recurso confirmó las condenas por cesantía y primas de servicio; revocó el ordinal c) del numeral segundo y en su lugar absolvió a los demandados a pagar la indemnización moratoria.

Interpuso el recurso de casación la parte demandante. Concedido por el Tribunal y admitido por esta Superioridad, se presentó oportunamente la demanda de casación. habiéndose opuesto la parte no recurrente. Cumplidos los trámites de rigor se decidirá el recurso.

La demanda de casación

Pretende se case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto por ella se absuelve a los demandados de pagar "salarios caídos" y en su lugar, procediendo en función de instancia, confirme la Sala el ordinal c) del numeral segundo del fallo de primer grado, mediante el cual se condena a los demandados a pagar indemnización moratoria de veinticinco pesos con tres centavos ($ 25.03) diarios a partir del once (11) de julio de mil novecientos cincuenta y ocho, fecha de la presentación de la demanda.

Con base en la causal 1ª formula un cargo.

Unico cargo

"La sentencia acusada viola, por vía indirecta, el precepto legal sustantivo de orden nacional contenido en el artículo 65

del Código Sustantivo del Trabajo que consagra la indemnización moratoria, al dejar de aplicarlo a una situación claramente sometida a su regulación, por haber incurrido el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— en errores de hecho, de manifiesto en los autos, provenientes de la mala apreciación de las siguientes pruebas: a) El memorial presentado por el apoderado de los demandados con fecha 19 de julio de 1957 (folio 14) por medio del cual pone en conocimiento del Juzgado la consignación en cuantía de $ 300.00 efectuada por los señores Rodríguez a favor de Luis E. Velásquez a cuenta de prestaciones sociales. b) Posiciones absueltas por los demandados señores Luis Fernando Rodríguez, Jorge Rodríguez y Luis A. Rodríguez, (folios 29 a 38). c) Testimonios de Miguel Landínez Delgado, Graciela Medina, Guillermo Castiblanco, Luis F. Barrantes. José Antonio Galvis, (folios 50 a 62). d) El dictamen pericial (folios 60 a 70).

Según el recurrente: "Con estas pruebas que son la totalidad de las producidas en el curso del juicio se desvirtúa todo lo afirmado por la parte demandada para fundamentar la defensa. El demandante no cometió delito que deba ser sancionado y ocasione la pérdida del auxilio de cesantía. Los demandados han constituído una empresa comercial y no un taller artesanal en donde ejercitaran artes u oficios meramente mecánicos. El salario del demandante fue de $ 768.90 mensualmente en promedio. No aparece por parte alguna la justificación de la conducta observada por los demandados al negarse sistemáticamente al pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones solicitadas en la demanda. Por el contrario: se halla demostrada con plenitud la mala fe patronal porque los demandados no solamente negaron el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones sino que hicieron graves imputaciones que lesionan el honor del demandante y alegaron la condición de artesanos a sabiendas de que el establecimiento era estrictamente comercial pues estaba dedicado a la compra y venta de maderas exclusivamente. Al desconocer esta realidad procesal y aceptar que los demandados alegaron "con algún fundamento" que su empresa era de carácter artesanal y que la consignación efectuada por ellos por valor de $ 300.00 no resulta írrita, el H. Tribunal incurrió en ostensible error de hecho que condujo a la violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo que consagra la indemnización moratoria, al dejar de aplicarlo, violación que incidió en la parte resolutiva de la sentencia acusada en la cual se revocó la de primer grado en el ordinal c) del numeral segundo y se absolvió a los demandados de los salarios caídos".

Se considera

En relación con la indemnización moratoria dijo el Tribunal: "El juzgador de primer grado condenó a los demandados a pagar al actor, en forma solidaria, veinticinco pesos con tres centavos diarios desde la notificación de la demanda y el día en que se pague el valor de las prestaciones a que se contrae el fallo que se revisa y en consideración a que la consignación hecha por aquéllos la consideró írrita ya que no alcanzaba a cubrir ni siquiera el valor de la cesantía. Ello es cierto si se parte de la base de que tenían el capital suficiente para responder de la totalidad de la prestación demandada. Pero habida consideración de que en el curso del juicio se alegó, con algún fundamento, que la empresa de los demandados era de carácter artesanal, la consignación de que se viene hablando no resulta írrita y por lo tanto tiene la virtualidad necesaria para evitar que a partir del día en que se efectuó la consignación, dejaran de correr los salarios caídos. En consecuencia se revocará la condena hecha por el a-quo y se absolverá a los demandados de la indemnización por mora".

Como puede observarse, el Tribunal no indicó las pruebas que lo llevaron a concluir que los demandados tenían fundamentos para considerar que la empresa en la cual prestó sus servicios el demandante, era de carácter artesanal. Sin embargo, al estudiar la obligación de los demandados a pagar prestaciones al actor, afirma el adquem que la declaración de José Antonio Galvis, quien declaró que únicamente trabajaban en la empresa de los demandados cuatro trabajadores y los propios dueños,

puede constituir un leve indicio de que se trataba de un negocio artesanal, pero que de las otras pruebas del proceso se desprende lo contrario.

Si el Tribunal consideró que el testimonio de un testigo podía indicar que se trataba de un taller artesanal, por trabajar en la empresa únicamente cuatro personas en compañía de los dueños, hecho que no ha sido desvirtuado, y sobre el cual también declaran otros testigos, con base en esta prueba podía deducir la buena fe de los patronos, aun cuando ella por sí sola no fuese suficiente para probar la excepción propuesta por los demandados. La buena fe del patrono se deduce de su conducta, es decir, de la posición que se ha adoptado en el juicio al negar el derecho del demandante y de las pruebas aducidas que indiquen que tenía fundamento para adoptar esa posición. Pero si siempre que se demostrare el derecho del trabajador y no ser fundada, desde el punto de vista de los hechos y de la ley, la posición asumida por el patrono, en su defensa, se le condenare a la indemnización moratoria, no tendría aplicación alguna la jurisprudencia aceptada de que la buena fe lo exonera de la indemnización moratoria. De modo que si en el caso sub-lite encontró el Tribunal que la conducta del demandado era razonable, con fundamento en pruebas aportadas en el juicio, al considerar que sólo debía la suma consignada no incurrió en error de hecho evidente, pues no se ha demostrado por el recurrente que en realidad el patrono negó las prestaciones sociales al trabajador con intención de perjudicarlo, o sea que hubiese actuado de mala fe.

Es de observar que aun cuando el Tribunal afirma que a partir del día de la consignación se interrumpió la mora, no dedujo la consecuencia lógica que de este hecho se derivaba, o sea el de condenar a los demandados al pago de la indemnización moratoria hasta esa fecha, sino que los absolvió totalmente por este concepto. Sin embargo como ésta no fue materia de la acusación, no se tomará ninguna decisión sobre el particular. No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral.

Costas en el recurso a cargo del recurrente.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE EL ACCIDENTE DE TRABAJO. — SENTIDO Y ALCANCE DEL ART. 199 DEL C. DE P. P. — SUPUESTOS ERRORES DE HECHO.

Faltando la prueba del suceso fortuito, no puede decirse que se haya producido un accidente de trabajo. — Infundado cargo de no pago del auxilio monetario por enfermedad no profesional, por culpa del patrono.

Según los términos del artículo 199 del C. S. del T. "se entiende por accidente de trabajo todo suceso imprevisto y repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca al trabajador una lesión orgánica o perturbación funcional permanente o pasajera, y que no haya sido provocado deliberadamente o por culpa grave de la víctima". De modo que son tres los requisitos esenciales que deben reunirse para que se configure el accidente de trabajo: un suceso imprevisto y repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo: una lesión orgánica o perturbación funcional permanente o pasajera, y la relación de causalidad entre el suceso imprevisto y repentino y la lesión orgánica o perturbación funcional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., 29 de octubre de 1965.

(Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral).

Temístocles Monroy Villate, demandó a Enrique Bejarano Calvo, para que previos los trámites de un juicio ordinario laboral se hagan las siguientes declaraciones y condenaciones: "1. Que se declare al demandado laboralmente responsable por el no pago de las incapacidades fijadas por el Instituto Colombiano de Seguro Social, por culpa grave del patrono. 2. Que sea condenado el demandado como consecuencia de la anterior declaración a pagar a mi representado Temístocles Monroy, el valor total de las incapacidades decretadas, más la otra tercera parte del salario, que no paga el Instituto Colombiano de Seguro Social, por tratarse de un accidente de trabajo. Esta suma asciende a un mil doscientos setenta y un pesos con sesenta y seis centavos ($ 1.271.66). 3. Que mediante sentencia condenatoria y definitiva se obligue al ingeniero Enrique Bejarano Calvo, a pagar a mi mandante señor Temístocles Monroy Villate, el valor total de la indemnización o indemnizaciones que le fijen los médicos como consecuencia de los accidentes de trabajo sufridos por mi representado. 4. Como petición subsidiaria de la segunda del presente libelo que se obligue mediante fallo condenatorio al señor Bejarano C. a pagar a mi procurado Temístocles Monroy Villate, el auxilio por enfermedad correspondiente a los 146 días de incapacidad decretados por el Instituto Colombiano de Seguro Social, cuyo valor arroja la cantidad de un mil cuarenta y seis pesos con quince centavos ($ 1.046.15). 5. También como petición subsidiaria de la 3ª formulada en esta demanda, que se condene mediante sentencia definitiva al demandado a pagar a mi patrocinado el auxilio de invalidez a que hubiere lugar de conformidad con el dictamen pericial de los facultativos, que deberán graduar dicha indemnización. 6. Que se hagan las condenaciones que resultaren por la aplicación de los principios extra y ultra petita. 7. Que se condene al demandado a las costas y costos del presente juicio".

El apoderado del demandante relata los hechos así: "1º Mi patrocinado el trabajador Temístocles Monroy Villate, empezó a trabajar al servicio del demandado doctor Enrique Bejarano Calvo, el 29 de noviembre de 1955, en los cargos de cadenero y de celador, salió el 20 de diciembre de 1958. 2º El trabajador que represento en esta demanda devengó un salario de $ 8.71 diarios. 3º Mi representado desempeñó también durante nueve (9) meses el cargo de celador nocturno, desde el 6 de febrero, hasta el 1º de octubre de 1958 y por este trabajo extra realizado, el demandado nunca le pagó salarios a Monroy Villate. 4º El día 13 de febrero de 1957, mi mandante Temístocles Monroy Villate, estando en desempeño de sus labores como cadenero en la construcción de la Carretera Mosquera Portillo en el kilómetro 23, sufrió una caída sobre una piedra, golpe que le produjo intensos dolores en la cadera, por lo cual hubo de ser operado de urgencia de una hernia en el quinto espacio intercostal derecho, como consecuencia de este infortunio, mi poderdante no ha recuperado su capacidad laboral plena de que disfrutaba cuando ingresó a trabajar con el demandado. 5º Posteriormente el 6 de marzo del mismo año de 1957 sufrió mi patrocinado Temístocles Monroy, otro accidente laboral, al sufrir una cortada con un machete en el dedo índice de la mano izquierda, cuando se ocupaba en hacer una ranura a una vara para el trazado en la misma carretera. 6º Mi representado Temístocles Monroy Villate, no obstante estar afiliado al ICSS y habérsele decretado varias veces (11) incapacidad para trabajar por un total de 146 días contados a partir del 13 de julio de 1958, hasta el 30 de noviembre del mismo año, no ha recibido dicho pago por culpa del demandado patrono ingeniero Enrique Bejarano Calvo, quien arbitrariamente y sin mediar justificación alguna, se ha negado sistemáticamente a firmar las boletas de incapacidad del trabajador que represento en este juicio. 7º Como las incapacidades a que se alude en el hecho anterior han sido originadas en accidente de trabajo, al trabajador Temístocles Monroy V. le corresponde el salario completo durante todo el tiempo de incapacidad, pero el demandado ingeniero Bejarano Calvo, no ha cancelado estos salarios. 8º El señor Enrique Bejarano Calvo, no le ha pagado a mi mandante, nunca, el subsidio familiar a que tiene derecho el trabajador de acuerdo con normas vigentes sobre la materia".

Al contestar la demanda, el apoderado de los demandados negó los hechos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y séptimo, aceptó el sexto en cuanto a que el demandante estuvo afiliado al I.C.S.S. y allí le suministraron atención médica completa por enfermedad no profesional, así como el auxilio monetario; lo negó en lo demás. En relación con el octavo, dijo que el demandado no estaba obligado a cubrir dicha prestación social. Se opuso a que se hicieran las peticiones de la demanda.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez Séptimo Laboral de Bogotá, quien fue el del conocimiento, condenó a Enrique Bejarano Calvo a pagar a Temístocles Monroy Villate la cantidad de un mil cuarenta y cinco pesos con veinte centavos ($ 1.045.20), por concepto de indemnización de la incapacidad permanente parcial a consecuencia del accidente de trabajo ocurrido al demandante y lo absolvió de todas las demás peticiones contenidas en la demanda. No condenó en costas. Ambas partes apelaron. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, al decidir el recurso, revocó el fallo apelado y en su lugar absolvió al demandado de todas las peticiones contra él formuladas en el libelo de demanda. Condenó en costas a la parte ctora. Interpuso el recurso de casación el demandante. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala, fue presentada oportunamente la demanda de casación. Surtido el trámite de rigor, se decidirá el recurso.

Alcance de la impugnación

Persigue se case totalmente la sentencia recurrida, en cuanto por ella se absolvió al demandado de las peticiones contenidas en el libelo de demanda, y en su lugar, procediendo la Sala en función de instancia, "declara responsable laboralmente al demandado por culpa grave en el no pago del auxilio monetario por enfermedad originada en ac-

cidente de trabajo, y se condene igualmente al demandado a pagar al actor los siguientes valores: a) La cantidad de un mil doscientos setenta y un pesos con 66/100 ($ 1.271.66) por concepto de los salarios equivalentes al monto del auxilio monetario por enfermedad causada en infortunio laboral. b) Que se condene al demandado a pagar al demandante Temístocles Monroy Villate, la suma de un mil cuarenta y cinco pesos con 20/100 ($ 1.045.20), por concepto de la indemnización producida por la incapacidad permanente parcial como efecto del accidente de trabajo que le ocurrió al demandante y de conformidad con el dictamen pericial (Medicina del Trabajo) que obra en los autos. c) Que se condene a Enrique Bejarano Calvo a pagar a Temístocles Monroy Villate, la cantidad de un mil cuarenta y seis pesos con 15/100 ($ 1.046.15) correspondiente a 146 días de salario por incapacidad laboral decretados por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, que el demandado impidió a la institución mencionada cancelar, y d) Que se condene al demandado a pagar las costas del juicio tanto en las instancias como en el recurso extraordinario de casación".

Con base en la causal primera formula un solo cargo.

Cargo único

La sentencia acusada viola por vía indirecta los preceptos sustantivos contenidos en los literales a) y b) del numeral 2º del artículo 204 del C. S. del T.; como consecuencia del error de hecho en que incurrió el sentenciador de segunda instancia por la no apreciación de las siguientes pruebas: dictamen pericial emanado de la sub-dirección de Medicina del Trabajo (folio 37); la historia clínica del trabajador demandante (folios 69 a 106); prueba documental que obra a folios 10 a 20, consistente en las boletas del Instituto Colombiano de Seguros Sociales; y absolución de posiciones del demandado (folio 53).

Según el recurrente, el dictamen pericial rendido por la subdirección de Medicina del Trabajo, que fijó el quantum de la indemnización correlativa a la incapacidad permanente parcial que quedó como secuela del accidente de trabajo sufrido por el demandante, y declara la existencia de una hernia meniscal vertebral lumbar que puede considerarse de origen traumático, hace presumir "que la existencia de un trastorno que produzca esas consecuencias patológicas ha de corresponder a la presencia en el cuerpo de la víctima de un suceso repentino que le ha dejado una lesión con secuelas indemnizables". La historia clínica del demandante, continúa el recurrente, especialmente los documentos que obran a folios 95 vto., 96 y 100, que no fueron objetados por el demandado, demuestran la existencia de un accidente de trabajo sufrido por Monroy Villate, lo mismo que la documental que obra a folios 22 y 23. en donde aparecen sendas constancias del señor Alfonso Medrano sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar como ocurrió el infortunio laboral. Por último la prueba literal que obra a folios 10 a 20, en concordancia con la absolución de posiciones del demandado, demuestran que el demandante no gozó del auxilio monetario por enfermedad durante 146 días, por negligencia del patrono en la autorización con su firma para que se efectuase el pago por parte del I.C.S.S.

La sentencia impugnada

Para revocar la sentencia de primer grado dijo el Tribunal: "El juzgador de primera instancia da por sentada la ocurrencia de los dos accidentes de trabajo a que se refiere la demanda, pero no indica en qué medios probatorios se basa para proceder así, por lo cual el que Monroy sufriera dos accidentes de trabajo, es en el fallo que se revisa, una simple afirmación, que no tiene respaldo en autos. Como ya se dijo el Juzgado no menciona prueba alguna sobre la cual pudiera basar su afirmación. Como respaldo a la relación que se hace en la demanda sobre la ocurrencia de los accidentes de trabajo, lo único que figura en el expediente, son dos "certificados", folios 22 y 23 en los cuales Alfonso Medrano afirma que tales accidentes ocurrieron, citando las fechas, etc. Pero tales certificados no tienen valor probatorio ninguno, porque Medrano no es de las personas que según la ley pueden expedir certificados. Se echa de menos que este presunto testigo

hubiera, no reconocido sus "certificados", sino que hubiera rendido declaración juramentada sobre los hechos. Se concluye, entonces, que no se probó en autos que el actor hubiera sufrido los accidentes de trabajo a que se refiere el libelo de demanda. No habiéndose probado los hechos, no puede reconocerse al actor el derecho que fundamentándose en ellos reclama. No prospera por tanto las peticiones de la demanda, ni aún la cuarta subsidiaria de la tercera, puesto que al actor se le pagó por parte del Instituto Colombiano de Seguros Sociales el salario de ciento cuarenta y seis días como consta en la documental que obra a folio 21 del expediente, sin que hubiera sido objetada por el interesado".

Se considera

Según los términos del artículo 199 del C. S. del T. "se entiende por accidente de trabajo todo suceso imprevisto y repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca al trabajador una lesión orgánica o perturbación funcional permanente o pasajera, y que no haya sido provocado deliberadamente o por culpa grave de la víctima". De modo que son tres los requisitos esenciales que deben reunirse para que se configure el accidente de trabajo: un suceso imprevisto y repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo; una lesión orgánica o perturbación funcional permanente o pasajera, y la relación de causalidad entre el suceso imprevisto y repetino y la lesión orgánica o perturbación funcional.

No encontró el Tribunal que se hubiese demostrado la existencia de los accidentes de trabajo que dice haber sufrido el demandante. En relación con las certificaciones que obran a folios 22 y 23, pruebas que, contrario a lo afirmado por el recurrente, sí fueron estimadas por el ad-quem, consideró que no tenían valor probatorio alguno, por cuanto quien las firmó no rindió declaración juramentada sobre los hechos a que ellas se refieren. Obró sí en forma acertada, pues como lo tiene dicho la jurisprudencia, las certificaciones que expiden los particulares no constituyen, por sí solas, medios probatorios reconocidos por la ley. Cuanto al dictamen pericial rendido por el Subdirector de Medicina del Trabajo, en él se dice que según la historia clínica del demandante se concluye que fue intervenido quirúrgicamente por los facultativos del Instituto Colombiano de Seguro Sociales para una hernia meniscal vertebral lumbar, que en concepto del perito "sí puede considerarse de origen traumático en presunto accidente laboral y le ocasiona una incapacidad permanente parcial para el trabajo del quince por ciento (15%)". Este concepto médico es prueba de la lesión orgánica sufrida por el trabajador, pero de la existencia de esta lesión no puede inferirse, como lo pretende el recurrente, la ocurrencia del accidente de trabajo, pues no aparece demostrado el suceso imprevisto o repentino originado por causa o con ocasión del trabajo. A lo sumo, probado también este último extremo, sería un indicio de la relación de causalidad entre el hecho repentino y la lesión orgánica. Más faltando la prueba del suceso fortuito, no puede decirse que se haya producido un accidente de trabajo.

No expresa el recurrente en qué forma la historia clínica de Monroy Villate es demostrativa de los accidentes de trabajo sufridos por éste. Si bien es cierto que en las tarjetas de incapacidad del I.C.S.S., que obran a folios 93 vto. 94 y 95, aparece superpuesta una leyenda que dice: "Accidente de trabajo", también lo es que el demandado no las firmó, y al absolver posiciones manifiesta que se abstuvo de hacerlo, precisamente porque el demandante solicitó la boleta con la mención del accidente de trabajo. A folio 92 aparece una anotación en la historia clínica del demandante, hecha el 22 de diciembre de 1958, en la cual se lee: "en II/57 durante su trabajo (accidente de trabajo) se resbaló cayendo sentado, inmediatamente, según refiere, presentó dolor en región lumbar..." Como puede observarse, si en la hoja clínica se habla de accidente de trabajo, es por haberlo manifestado el trabajador. Y es que el I.C.S.S. hace las anotaciones en las hojas clínicas de acuerdo con informaciones que le suministre el trabajador o su patrono. Sin que puedan considerarse, por tal motivo, como pruebas del accidente de trabajo.

En relación con el no pago del auxilio monetario por enfermedad no profesional,

por culpa del patrono, el Tribunal consideró que no se debía nada al demandante por este concepto, pues a folio 21 aparecía la prueba de que el I.C.S.S. le había cancelado el valor del auxilio correspondiente a 146 días. Este documento, que no fue singularizado por el demandante en su acusación, dice así: "Al Sr. Temístocles Monroy Villate, con Carnet de afiliación Nº 227500, se le han pagado 146 días del 1º de julio al 30 de noviembre de 1958. Enero 15/59. Liquidador de subsidios. La firma es ininteligible y hay un sello con la siguiente leyenda: "Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Departamento de Administración del Seguro Enfermedad-Maternidad". Esta omisión del recurrente y la circunstancia de que la documental que obra a folios 10 a 20 consistente en órdenes de pago en duplicado, con la constancia o sello de "pagado", demuestra lo contrario de lo afirmado por el recurrente, son suficientes para que la acusación, por este aspecto, tampoco tenga éxito.

No estando demostrados los errores de hecho señalados por el impugnador, no prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Costas del recurso a cargo del actor.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EXISTENCIA DE LA RELACION DE DEPENDENCIA LABORAL ENTRE DEMANDADO Y EL TRABAJADOR MUERTO EN ACCIDENTE CUANDO ESTABA A SU SERVICIO. — SEGURO DE VIDA DOBLE.

Prueba testimonial.— Promedios de salarios variables.— Acusación por infracción directa de la ley. — Acción encaminada en la demanda a obtener el pago de seguro de vida doble y no la indemnización por muerte del trabajador en accidente de trabajo, como lo apreció el Tribunal ad-quem. — Decisión favorable de la Corte a la petición de pago de seguro doblado. — En este sentido se casa parcialmente la sentencia recurrida.

1. Se debe observar que para encontrar un error evidente en la apreciación de testimonios sería menester motivos de mucha gravedad porque el Juez tiene libertad para formar su convencimiento, y conforme al artículo 61 del C. P. L. no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, y por lo tanto forma libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la prueba, atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. A este respecto ha sido abundante y uniforme la jurisprudencia de la Corte.

2. No acepta la Corte la tesis del recurrente de ser imposible demostrar por medio de testigos los promedios de salarios variables, ni la de que sea preciso tomar el "término medio' por el cociente de la suma de varios sumandos, porque la Ley Laboral no habla de término medio ni lo exige. Los textos sustantivos requieren fijar el promedio en casos de salario variable, y ese promedio significa por aproximación.

El mismo Diccionario de la Academia trae estas definiciones que aclaran y precisan el concepto: "Promediar, igualar o repartir una cosa en dos partes iguales o que lo sean con poca diferencia. Antes de promediar el mes de junio". Promedio. Punto en que una cosa se divide por mitad o casi por la mitad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre 29 de 1965.

(Proyectó: Doctor Manuel V. Jiménez, Auxiliar de Casación Laboral).

Ante el Juzgado del Trabajo de Palmira, propuso demanda laboral Herminia Caicedo contra Efraín López para que se le paguen las cantidades de dinero correspondientes por los siguientes conceptos: auxilio de cesantía, vacaciones, primas de servicios, descanso remunerado, gastos de entierro, seguro de vida y "salarios caídos", todo procedente de derechos de Hernando Caicedo o relacionados con su fallecimiento ocurrido cuando estaba al servicio del demandado.

La demanda fue admitida y se le notificó a Efraín López, quien por medio de apoderado la contestó oponiéndose a todas las súplicas y negando en lo general los hechos fundamentales.

Cumplidos los trámites de rigor el Juzgado Laboral de Palmira pronunció el fallo de primer grado en que condenó al demandado a pagarle a la demandante la cantidad de cinco mil setecientos setenta y cuatro pesos, con noventa y nueve centavos ($ 5.774.99) por auxilio de cesantía, compensación de vacaciones, primas de servi-

cio y seguro de vida doblado por muerte en accidente de trabajo.

En lo demás absolvió al demandado.

Por haberse interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia le correspondió revisarla al Tribunal de Cali el cual modificó la condena referente al seguro de vida y la reemplazó por la indemnización proveniente del accidente de trabajo en la misma cuantía. En lo demás le impartió su confirmación.

La parte demandada no se conformó con esa decisión y ha ocurrido ante esta superioridad en recurso de casasión para obtener la infirmación de dicho fallo. Sustenta el recurso en los términos que se extractan a continuación:

La demanda de casación

El recurrente solicita la casación total de la sentencia del Tribunal para que se absuelva al demandado de todos los cargos propuestos en la demanda.

En subsidio pide la casación parcial para que se absuelva al demandado de la indemnización por accidente de trabajo.

Como motivos de casación alega la violación indirecta de preceptos legales por causa de errores de hecho evidentes en la estimación de las pruebas traídas al proceso y en especial la prueba de testigos y el libelo de demanda. Tales preceptos son: artículos 249 y 253 del C. S. T., respecto al cómputo y liquidación del auxilio de cesantía; artículos 186, 189 y 192 respecto al cómputo y liquidación de vacaciones; artículo 306 en relación con primas de servicio; artículos 199, 203, 204, 212, 218, 127, 128, 132 y 141, del C. S. T.

También alega la violación directa de estos mismos preceptos por no haber aplicado varios de ellos, por haber aplicado otros indebidamente y además por haberlos aplicado a un hecho inexistente.

Primer cargo

Error en la apreciación de las pruebas.

Dice el recurrente: "si algo claro resulta de los testimonios... es el hecho de que el salario devengado por el señor Hernando Caicedo, o el precio de su contrato, era eventual, en el sentido de que unos días devengaba y otros no, y variable en el sentido en que, aún existiendo trabajo, la liquidación diaria cambiaba de acuerdo con los costos, las distancias y los materiales transportados. Ninguno de los deponentes pudo precisar el valor de ese salario, ni osaron ellos calcular un promedio. De esta prueba, por lo tanto, sólo cabe inferir una certeza: que no existe base para computar un promedio de salario, esto es, el "término medio", o sea, la "cantidad que resulta de sumar otras varias y dividir la suma por el número de ellas " (Diccionario de la L. E.) en lo cual consiste la exigencia de los artículos que señalo como infringidos por el ad-quem, y en particular, los números 192 Ord. 2º, 218 Ord. 2º, 253 Or. 2º, 306 y 141 del C. S. L., textos que no fueron aplicados por el Tribunal impugnado".

Hace el recurrente algunos comentarios sobre las declaraciones de Luis Alberto Madriñán, Tulio Reina, Jaime Izquierdo y Evaristo Cuevas y concluye diciendo que tales testimonios no dan un promedio del salario, promedio que en el caso de autos es imposible establecer porque el trabajador eventual, el salario del conductor variable y los datos de los motoristas absolutamente personales y empíricos.

Según el recurrente el Tribunal acogió el concepto del Juez que admite como salario promedio la suma de $ 200.00 con base en el testimonio de Evaristo Cuevas, y sobre esa base liquida todas las prestaciones e indemnizaciones de la condena.

El recurrente termina así el cargo: "lo cierto, entonces, es que en el diálogo procesal no hay prueba del salario. Forzoso era así, para el fallador ad-quem desechar los cargos porque en Derecho Laboral no puede recaer sentencia en abstracto. De donde resulta la evidencia del error de hecho en que incurrió aquella superioridad del Distrito Judicial de Cali, en virtud de la cual violó indirectamente las disposiciones que hacen referencia a la liquidación y cómputo de las respectivas prestaciones sociales e indemnizaciones que tengo señaladas y, por conducto de ellas, las otras que también indico en el cargo por los modos dichos en esta sustentación.

Segundo cargo

Violación directa de los textos citados.

Dice el recurrente que las disposiciones legales fijan las normas que deben observarse para liquidar las prestaciones laborales con base en el cómputo del salario del trabajador. Cuando se trata de salarios variables, como en el caso de autos la liquidación tiene que hacerse tomando los promedios exactos por tiempo determinado y la prueba de estos promedios la debe dar el demandante.

Esa prueba no se ha producido en el juicio y sin embargo el Tribunal se ha empeñado en buscarla entre extremos de cifras indicadas ocasionalmente por un testigo poco digno de fe, las cuales sólo comprueban que el salario de Hernando Caicedo variaba de día a día. Salario promedio no es lo mismo que "mínimo", ni lo mismo que "equitativo", ni lo mismo que "básico", ni lo mismo que "justo". Promedio como antes se indicó, es la suma de varias cifras dividida por el número de ellas, y esta operación numérica no la hizo el Tribunal porque era imposible hacerla.

Y como faltó la base del promedio el Tribunal no podía liquidar las prestaciones laborales, y al hacerlo, quebrantó los preceptos ya indicados.

Examen de los cargos anteriores:

1º La prueba del salario.

La Corte no encuentra justificada la glosa de error de hecho formulada por el recurrente contra la sentencia del Tribunal en relación con los testimonios aportados al juicio. Estos fueron analizados y comparados debidamente unos con otros, y en vista de ese estudio el Juzgado llegó a la conclusión de que el trabajador Hernando Caicedo había devengado un salario, en promedio, de $ 200.00 mensuales. Es de notar que los testigos hacen mención de salarios que ellos como motoristas ganaban diaria, semanal o mensualmente, y dan cifras mínimas y máximas refiriéndose no sólo a ellos mismos sino a Hernando Caicedo. El Tribunal acoge la apreciación del Juez y la halla conforme con los testimonios que examinó.

Se debe observar que para encontrar un error evidente en la apreciación de los testimonios en referencia sería menester motivos de mucha gravedad porque el Juez tiene libertad para formar su convencimiento, y conforme al artículo 61 del C. P. L. no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, y por lo tanto forma libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la crítica de la prueba, atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. A este respecto ha sido abundante y uniforme la jurisprudencia de la Corte.

No acepta la Corte la tesis del recurrente de ser imposible demostrar por medio de testigos los promedios de salarios variables, ni la de que sea preciso tomar el "término medio" por el cociente de la suma de varios sumandos, porque la Ley Laboral no habla de término medio ni lo exige: Los textos sustantivos requieren fijar el promedio en casos de salario variable, y ese promedio significa por aproximación.

El mismo Diccionario de la Academia trae estas definiciones que aclaran y precisan el concepto: "Promediar, igualar o repartir una cosa en dos partes iguales o que lo sean con poca diferencia. Antes de promediar el mes de junio". Promedio. Punto en que una cosa se divide por mitad o casi por la mitad.

De lo dicho se concluye que el Tribunal no incurrió en error evidente al tomar como sueldo promedio del trabajador la cantidad de $ 200.00 mensuales con apoyo en el testimonio de Evaristo Cuevas.

2º Violación de los textos legales.

Se considera: La acusación por infracción directa de la ley tiene relación íntima con la que se acaba de examinar porque su fundamento, según el recurrente estriba en no existir prueba sobre el salario promedio que el trabajador devengaba.

La acusación de la sentencia parte de la base falsa de que tratándose de salarios variables no se puede demostrar el promedio por medio de testigos y también de que dicho promedio tiene que ser un resultado matemático de dividir el total de varias cantidades por el número de ellas.

Ya se vio que la sentencia se apoya principalmente en la prueba testimonial, y mientras no se destruya este fundamento no puede prosperar el cargo de violación de la ley.

Tercer cargo

Consiste este cargo según el recurrente en que la sentencia halló demostrado que cuando Hernando Caicedo falleció en accidente de trabajo estaba obrando al servicio de Efraín López.

A este respecto también fue mal interpretada por el Tribunal la prueba de testigos pues si se analizan esas piezas probatorias aparece que Caicedo cumplía en los momentos de su muerte un servicio autónomo, libremente contratado bajo su cuidado y riesgo, sin el conocimiento del propietario del camión y acompañado por trabajadores contratados por el mismo conductor. Por otro lado el dinero producto del transporte se entregaba al propietario del vehículo y el porcentaje que recibía el motorista era el precio del alquiler o del uso del vehículo, o participación en sociedad de hecho. Y si el patrono le facilitaba los vehículos era a título de préstamo, de alquiler, o de sociedad. Mas no bajo la relación contractual que en ese instante faltaba. El Tribunal no vio estos hechos en el examen de la prueba testimonial por lo cual incurrió en el error inculpado y en directa infracción de los artículos 23, 199, 203, 204 y 212 del Código por falta de aplicación del primero e indebida aplicación de los demás.

Considera el recurrente que de los testimonios examinados por el fallador resulta: 1º Que entre López y Caicedo no existía dependencia continuada; 2º Que el vínculo laboral sufría continuas interrupciones durante las cuales Caicedo obraba con autonomía y los riesgos corrían por su cuenta; 3º Que la relación de causa y efecto no se cumplió el día del accidente, y 4º Que ni los elementos que configuran el contrato laboral y el accidente de trabajo se conciertan en el caso de autos.

La Corte examina el cargo:

Con bastante extensión la sentencia del Tribunal comenta los testimonios recibidos en el juicio, que son los mismos a que se refiere el recurrente, y llega a la siguiente conclusión:

"Todas estas pruebas demuestran fidedignamente, sin dejar lugar a ninguna duda, con toda certeza, que cuando ocurrió el accidente que puso fin a la vida del señor Hernando Caicedo, éste trabajaba bajo la dependencia del señor Efraín López, y como la parte demandada no demostró ninguna de las causales exonerantes de responsabilidad, es imperativo reconocer, como en efecto se reconocerá que el demandado estaba en la obligación de sufragar el pago de la indemnización proveniente del accidente de trabajo".

Entre la negativa del acusador y la afirmativa de la sentencia, se deberá dar fe a esta última. Empero la revisión de los testimonios permite conocer los siguientes particulares:

Efraín López tenía en Palmira una empresa de fabricación de ladrillo, corte y aserrío de maderas y venta de materiales de construcción, combinada con otra de transportes de carga en automotores de su propiedad, confiado cada uno al cuidado de un motorista. De éstos figuran en autos como testigos, los siguientes: Evaristo Cuevas, folio 24, Luis A. Caicedo, folio 27, Benjamín Sánchez, folio 33, Jaime Izquierdo folio 35 y Hernando Caicedo.

Era Administrador de los negocios Luis Alberto Madriñán, folio 21, y Administrador de la fábrica de ladrillo Tulio Reina, folio 30.

De todos los relatos se infiere que la Empresa transportadora daba preferencia a la conducción de los materiales de construcción que vendía Efraín López con destino a los clientes compradores, y cuando los camiones quedaban libres se ocupaban en el transporte de carga de particulares. En estos casos el contrato de transporte era concertado por el dueño, o por el administrador o por los mismos motoristas, suficientemente autorizados por el patrono.

Del producido de los transportes se descontaban los gastos de combustible y del personal ayudante del motorista, y del sobrante líquido se pagaba a cada trabajador el 20% de los respectivos recaudos, los días sábados de semana. Ningún testigo insinúa que en los transportes de carga ajena, la

empresa alquilara los camiones a los motoristas, ni que éstos pactaran sociedad de hecho con el dueño.

Obrando en las condiciones anotadas anteriormente, el motorista Hernando Caicedo contrató para Tito Hernández un transporte de ladrillo de Palmira a Cali, y lo estaba efectuando el 15 de noviembre de 1956. Por un daño del camión el conductor procedió a repararlo, pero estando en esa tarea debajo del vehículo, otro carro se estrelló contra el automotor, el cual aprisionó debajo a Caicedo, fracturándole el cráneo, una pierna y la columna vertebral, por lo cual fue llevado al Hospital de Cali donde falleció hora y media después.

Es de notar, que si los motoristas, según lo informan, hacían entrega a su patrono del dinero que recibían por los transportes particulares que contrataban, y si efectuaban el transporte en automotores de la empresa, se hace evidente que en tales actividades existía la relación de dependencia laboral y que bajo ella y con ocasión del trabajo se produjo el accidente de que fue víctima el trabajador Hernando Caicedo.

Este examen de las pruebas lleva a la Corte a la conclusión de que el Tribunal no incurrió en los errores de apreciación de que trata el recurrente al formalizar la demanda de casación.

En consecuencia se rechaza el cargo.

Cuarto cargo

Violación indirecta de los artículos 199, 203, 204 y 212 del C. S. T. y 25 y 50 del C. P. L. por error de apreciación probatoria, y violación directa por aplicarlos sin ser el caso de hacerlo.

a) Consiste el error en que el Tribunal entendió equivocadamente tanto el memorial en que se confirió poder para iniciar el juicio como el libelo de demanda, documentos que son suficientemente claros y explícitos. En efecto, en el poder se lee: para que obtenga que el señor Efraín López me cancele lo que me resulte a deber "por concepto del seguro de vida en accidente de trabajo, etc.... Y en la demanda se pide el pago del "Seguro de Vida: Seguro de Vida doble por haber ocurrido la muerte (de Hernando Caicedo) en el desempeño de la labor".

Sin embargo el sentenciador, con pretexto de interpretar la demanda, estimó que la acción se encaminaba a obtener la indemnización por la muerte del trabajador ocurrida en accidente de trabajo, la cual se debía de acuerdo con el artículo 204 del Código Sustantivo Laboral, y bajo ese supuesto condenó al demandado a indemnizar el accidente.

Como consecuencia del error se infringieron los textos legales citados.

b) El Tribunal al fallar y al ordenar el pago de la indemnización en referencia, violó directamente los textos legales ya indicados porque cambió el pedimento, la acción intentada, es decir, juzgó fuera de lo pedido, violando consecuencialmente las disposiciones legales ya citadas.

La Corte considera

No hay duda de que la acción intentada en la demanda fue la conducente a obtener el pago del Seguro de Vida, Seguro de vida doble, y ello se expresó en el memorial de poder. La demanda es suficientemente clara y el Tribunal no lo ignoró, ya que admite que el Juez de primera instancia había acogido el pedimento de Seguro de vida doble.

Que el resultado de ambas acciones en el presente caso, sea igual económicamente no es razón justificativa para despachar lo que no fue pedido, con la excusa de la libre interpretación de la demanda. Así pues la Corte estima necesario corregir esa equivocación del Tribunal, para lo cual se debe casar la sentencia de segunda instancia en cuanto condenó a la parte demandada a la indemnización por muerte del trabajador en accidente de trabajo.

En sustitución de lo que el Tribunal decidió se debe despachar favorablemente la petición de pago del seguro de vida doblado contenida en la demanda por cuanto existen los elementos legales que justifican el pedimento.

Como han reconocido los fallos de instancia, la muerte del trabajador Hernando Caicedo se produjo en accidente laboral ocurrido durante la relación de dependencia respecto del patrono Efraín López. Así lo comprueban las declaraciones de los testigos atrás mencionados.

Con esos mismos testimonios queda también establecido que la nómina de los trabajadores de la Empresa ascendía a mil pesos ($ 1.000.00), pues los cinco motoristas devengaban por sus salarios dicha suma a razón de $ 200.00 mensuales cada uno, sin contar los salarios de los administradores Luis Alberto Madriñán y Tulio Reina.

Como las circunstancias anotadas justifican lo resuelto por el Juez de primer grado, debe quedar en pie su decisión en reemplazo de la del Tribunal, que se infirma.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia pronunciada por el Tribunal Superior de Cali en cuanto condena al demandado en el literal d) a pagar a la demandante, como indemnización proveniente del accidente de trabajo de Hernando Caicedo cuatro mil ochocientos pesos ($ 4.800.00).

No la casa en lo demás.

En reemplazo de la parte mencionada de la sentencia del Tribunal, se confirma el literal d) del punto 1º de la sentencia de primera instancia en que el Juzgado Laboral de Palmira condena a Efraín López a pagar a Herminia Caicedo como seguro de vida doblado por la muerte de Hernando Caicedo en accidente de trabajo, la cantidad de cuatro mil ochocientos pesos ($ 4.800.00).

Sin costas en la casación.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION RECLAMADA POR UN TRABAJADOR A LA CAJA DE LOS SEGUROS SOCIALES.

Los trabajadores al servicio de la Caja de los Seguros Sociales tienen el carácter de trabajadores particulares, por disponerlo así expresamente el artículo 4º del Decreto-Ley número 2324 de 1948. Para efectos de la pensión de jubilación, en presencia de la norma antes citada, no puede cambiarse el status jurídico que rige su vinculación con la entidad demandada, para darle la categoría de trabajador oficial, porque de proceder así, se estaría contrariando dicho precepto legal. Por la misma razón no puede darse aplicación para los efectos de la pensión reclamada a lo previsto por los artículos 29 de la Ley 6ª de 1945 y 1º de la Ley 24 de 1947, para acumular los servicios prestados por el demandante a la Nación con los prestados por el mismo a la Caja de los Seguros Sociales de Antioquia con la categoría de trabajador particular.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., 10 de noviembre de 1965.

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

Cornelio Rodríguez Junco, por medio de apoderado, demandó a la Caja de los Seguros Sociales de Antioquia para que se la condenase a pagarle una pensión mensual de jubilación equivalente a $ 440.55, a partir del 30 de septiembre de 1960.

Para sustentar la demanda dijo que había prestado sus servicios a la Nación, en el Ejército y en la Policía Nacional durante 9 años, 10 meses, 7 días, y a la Caja de los Seguros Sociales de Antioquia desde el 21 de febrero de 1950 hasta el 30 de septiembre de 1960, o sea, durante 10 años, 7 meses, 10 días, completando así un tiempo de 20 años, 5 meses, 17 días al servicio de la administración pública. Que el promedio de la última remuneración mensual fue de $ 660.83 y que tenía más de sesenta y cinco años de edad. Que antes había solicitado directamente a la entidad demandada el reconocimiento de la pensión por los servicios mencionados, pero que le fue negado el derecho con fundamento en que los empleados de la Caja de los Seguros Sociales son empleados particulares, por lo que el servicio prestado a esa entidad no puede acumularse con el prestado a la Nación, ni le son aplicables las normas legales que regulan las relaciones de los trabajadores del Estado. Que de esta forma agotó el procedimiento gubernativo, lo que hace viable la acción promovida en este juicio.

Estimó que su derecho a la pensión tiene fundamento legal en el artículo 260 del C. S. T., en los artículos 17, 22 y 29 de la Ley 6ª de 1945; artículo 1º del Decreto 2767 del mismo año; Ley 72 de 1947, artículo 21, y Decreto 2921 de 1948, artículo 1º. Invocó también las disposiciones pertinentes de la Ley 40 de 1946, del Decreto-ley 2324 de 1948 y Decreto 4225 de 1948.

La Caja de los Seguros Sociales de Antioquia dio respuesta a la demanda oponiéndose a la solicitud formulada por el demandante. Respecto a los hechos, dijo atenerse a la prueba correspondiente que acredite la edad del demandante y sus servicios a la Nación. Aceptó los servicios prestados a la Caja de los Seguros Sociales de Antioquia y la última remuneración devengada por el demandante. Dijo no constarle lo relacionado con los hechos 4º, 5º y 6º. Aceptó los hechos séptimo y octavo. Agregó que si el demandante, según la ley, debe tenerse como trabajador particular mientras prestó sus servicios a la entidad demandada, no

puede acumularse ese tiempo con el de los servicios prestados a la Nación, para efectos de demandar la pensión de jubilación. Además, que el Instituto de los Seguros Sociales y sus Cajas no son establecimientos públicos, sino entidades técnicas de tipo de organización privado para cumplir funciones de carácter público y social, pero sin llegar a confundirse con aquéllos. Propuso la excepción de declinatoria de jurisdicción.

Surtido el trámite de rigor, decidió la litis el Juzgado Tercero del Trabajo de Medellín, que fue el del conocimiento, por sentencia mediante la cual absuelve a la Caja de los Seguros Sociales de Antioquia, de los cargos formulados por el demandante Cornelio Rodríguez. Declara no probada la excepción de declinatoria de jurisdicción, y se abstuvo de condenar en costas.

El demandante interpuso el recurso de apelación contra el fallo del Juzgado y correspondió decidir el recurso de alzada a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante sentencia que confirma la proferida por el Juzgado.

La parte vencida interpuso el recurso de casación, que le fue concedido por el Tribunal. Admitido y tramitado en debida forma, la Sala procede a decidirlo teniendo en cuenta la demanda de casación presentada y el correspondiente escrito de réplica.

El recurso

Alcance de la impugnación.

Persigue la casación total de la sentencia recurrida para que la Corte, en sede de instancia, revoque el fallo proferido por el Juez Tercero del Trabajo de Medellín, y en su lugar condene a la entidad demandada a pagar al demandante Cornelio Rodríguez J. la pensión vitalicia de jubilación, conforme a lo pedido en el libelo inicial.

Cargo único

Formula un solo cargo en el que acusa la sentencia impugnada de violación directa de los artículos 17, literal b) de la Ley 6ª de 1945, 1º de la Ley 24 de 1947, 3º de la Ley 65 de 1946, 1º, 2º, 5º, 6º y 7º de la Ley 77 de 1959, al dejar de aplicarlos siendo el caso de hacerlo, a consecuencia de la falta de aplicación de los artículos 1º, 2º y 4º de la Ley 151 de 1959, artículos 8º, 9º y 71 de la Ley 90 de 1946, 6º y 7º del Decreto Legislativo 3850 de 1950, 2º del Decreto Legislativo 1425 (no indica la fecha del mismo), 11, 12 del Decreto-Ley 2324 de 1948, artículo 1º del Decreto 4225 de 1948, artículo 1º del Decreto 3127 de 1949, 1º del Decreto 510 de 1950, 1º del Decreto 721 de 1949, 1º del Decreto 512 de 1950, 1º del Decreto 1343 de 1949, 1º del Decreto 2633 de 1950, 1º del Decreto 511 de 1950, 1º del Decreto 911 de 1950, 1º del Decreto 146 de 1950, 1º del Decreto 521 de 1950, 1º del Decreto 608 de 1950 y artículo 4º del Decreto-Ley 2324 de 1948.

Al desarrollar el cargo dice que fueron aceptados por el Tribunal y no son discutidos en casación, los hechos fundamentales de la acción, a saber: los servicios prestados por el demandante a las distintas entidades que se indican en la demanda y por el tiempo que allí se expresa; que el actor es mayor de 55 años, y que el último salario devengado al servicio de la entidad demandada fue el de $ 590 mensuales más las primas recibidas en el último año de servicios.

Que al confirmar lo resuelto por el Juez a-quo, el Tribunal sostiene que la norma aplicable para decidir la presente litis es el artículo 4º del Decreto 2324 de 1948 por ser la que regula la situación jurídica de los empleados del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y de sus Cajas seccionales, de donde concluye que no son acumulables los servicios prestados por el demandante a la Nación y a la entidad demandada. Que la aplicación de la citada disposición provino de la ignorancia del sentenciador sobre el carácter de establecimiento público que tiene la entidad demandada, de acuerdo con las normas legales que invoca en el cargo y que regulan lo atinente a la creación, estructura y funcionamiento de ese Instituto, normas que no aplicó, como tampoco lo hizo respecto de los artículos 1º, 2º y 4º de la Ley 151 de 1959 sobre empresas y establecimientos públicos descentralizados. Agrega que "Si el Juzgador hubiese aplicado las normas que anteriormente señalo como omitidas habría llegado necesariamente a la conclusión de que la entidad demandada, por ser un establecimiento público, es parte de la administración pública y se en-

tiende como institución en que tiene parte principal el Estado".

Dice que la Ley 151 de 1959 al reglamentar la vigilancia de la gestión fiscal en las empresas y establecimientos públicos descentralizados e instituciones y organismos que reciban, manejen o inviertan fondos provenientes de impuestos, tasas, contribuciones de carácter especial, o cuotas forzadas creadas por la ley, determinó que estas entidades son parte de la administración pública y que en ellas tiene parte principal el Estado, por lo que se les considera incorporadas a éste no obstante su autonomía administrativa, su personería jurídica y su patrimonio propio.

Que la Caja de los Seguros Sociales de Antioquia es un establecimiento público porque reúne las características generales que lo estructuran como tal de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia. Transcribe apartes de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, con fecha 30 de julio de 1960, que estima pertinente para el caso, y expresa luego que el Tribunal no aplicó las disposiciones de la Ley 90 de 1946 y de los Decretos que crearon y organizaron el Instituto Colombiano de Seguros, mencionadas en el cargo, ni los artículos de la Ley 151 de 1959 que en el mismo se indican como infringidos, con lo cual desconoció la existencia de la entidad demandada como establecimiento público, y como tal, que es parte de la administración pública. Agrega que la no aplicación de esas normas, y la aplicación indebida del artículo 4º del Decreto-Ley 2324 de 1948, determinaron la violación, por falta de aplicación, de las demás disposiciones de la Ley 6ª de 1945, de la Ley 24 de 1947, de la 65 de 1946 y de la 77 de 1959 que señala en la acusación, las cuales consagran el derecho a la pensión de jubilación para los empleados y obreros nacionales, la acumulación de los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, la cuantía y forma de liquidación de la pensión y los aumentos de las mesadas.

Por su parte, el opositor manifiesta en su escrito de réplica que el sentenciador no infringió directamente las normas que el recurrente cita, pues no las ignoró, ni se rebeló contra ellas, sino que encontró una situación a la cual no son aplicables las disposiciones que cita el acusador. Que respecto a la falta de aplicación de otras normas, el Tribunal no dispuso en contra de los preceptos indicados por el recurrente, sino que simplemente encontró que la Caja de los Seguros Sociales de Antioquia no es entidad pública, por lo que no eran aplicables al caso debatido los artículos mencionados por el recurrente, que hablan de tiempo servido a entidades de derecho público como aprovechable para la jubilación solicitada. Se extiende en consideraciones respecto al alcance y contenido de las disposiciones que menciona la acusación y luego reproduce lo que estima conducente de la sentencia de fecha 11 de diciembre de 1959 proferida por el Consejo de Estado, para respaldar sus puntos de vista respecto a que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y sus Cajas, no pueden considerarse, que sean establecimientos públicos en el sentido clásico que a tal expresión da el Derecho Administrativo. Que más bien, agrega, la compleja estructura legal del mencionado Instituto determina la existencia de una entidad técnica de tipo organizacional privado para cumplir funciones de carácter público y social, intervenida y auxiliada por el Estado, pero sin llegar a confundirse con lo que es y se entiende por establecimiento público. Concluye que el sentenciador no incurrió en la violación de las normas que cita el recurrente, por lo cual pide no se case la sentencia impugnada.

Se estudia la acusación.

La decisión del Tribunal se sustenta principalmente en lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto-Ley 2324 de 1948, que regula la índole jurídica de las relaciones laborales entre la parte demandada y sus trabajadores, en forma expresa, clara y precisa. Dice la citada disposición: "Los empleados y obreros del Instituto y de las Cajas seccionales serán trabajadores particulares y gozarán de los consiguientes derechos y prestaciones sociales. No les serán aplicables las normas legales sobre incompatibilidades, sobre carrera administrativa, en ninguna otra referencia a los trabaja-

dores del Estado y demás entidades de derecho público".

"El Instituto y las Cajas afiliaran al régimen del Seguro Social Obligatorio a todos sus trabajadores, cualquiera que sea su ocupación, con la sola excepción del personal a que se refiere el inciso segundo del artículo 4º de la Ley 90 de 1946". (La excepción se refiere a los médicos y personal científico del Instituto que estuvieren afiliados a la Caja de Previsión Social de empleados y obreros nacionales o a otras instituciones similares de previsión social).

De acuerdo con la disposición que se deja transcrita, mientras el demandante Cornelio Rodríguez Junco prestó sus servicios a la Caja de los Seguros Sociales de Antioquia, tuvo el carácter de trabajador particular como lo dispone expresa y claramente dicho precepto. De esta suerte y para los efectos de la pensión reclamada no es posible cambiar el status jurídico que rige su vinculación con la entidad demandada para darle la categoría de trabajador oficial, porque de proceder así, se estaría contrariando el referido mandato legal. Por la misma razón, en el caso sub-judice no puede darse aplicación a lo dispuesto por los artículos 29 de la Ley 6ª de 1945 y 1º de la Ley 24 de 1947 para acumular los servicios prestados por el demandante a la Nación, y con los prestados por el mismo a la Caja de los Seguros Sociales de Antioquia con la categoría de trabajador particular. Y es que, para el caso, no importa definir o establecer si el Instituto de los Seguros Sociales y sus Cajas constituyen o no un ente jurídico de derecho público, porque admitiendo que dicho organismo pueda catalogarse dentro de la figura jurídica conocida con el nombre de "establecimiento público", es lo cierto que por mandato expreso del legislador las relaciones y el régimen jurídico de sus trabajadores, para efecto de los derechos y prestaciones sociales, no es el de los trabajadores oficiales, sino el de los trabajadores particulares como antes se vio, y sin que por esta circunstancia esa persona moral o ente administrativo descentralizado, pierda su peculiar organización y constitución. Que la clasificación o ubicación legal de los servidores del Instituto Colombiano de Seguros Sociales como trabajadores particulares no obedezca a un criterio científico y doctrinal, es cuestión que por evidente que sea, no permite al juzgador darle al artículo 4º del referido Decreto una interpretación y aplicación distinta a la que resulta de su texto claro e imperativo.

Además, como bien anota el sentenciador, el Decreto-Ley 2324 de 1948, en su artículo 4º, fue muy explícito y no se limitó a estatuir el carácter de trabajadores particulares de los servidores del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, sino que para reafirmar ese criterio, dispuso que a dichos empleados no les son aplicables las normas legales sobre incompatibilidades, sobre carrera administrativa, "ni ninguna otra referencia a los trabajadores del Estado y demás entidades de derecho público" estableciendo igualmente, que sus trabajadores quedan afiliados al régimen del Seguro Social Obligatorio.

De acuerdo con lo que se deja expresado, no resulta la violación de las normas legales que invoca el recurrente y menos por el concepto que se contempla en la acusación. 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 en este juicio.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CAUSAL PRIMERA DE CASACION

Error de hecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., 13 de noviembre de 1965.
(Magistrado Ponente: Doctor Víctor G. Ricardo).

Andrés Cerón, por medio de apoderado, demandó al señor Pedro Manosalva y a la señora Rosa Arciniegas de Manosalva, para que por sentencia definitiva, en juicio ordinario laboral se les condene a pagar auxilio de cesantía, vacaciones, prima de servicios, dominicales y festivos, presuntivo, indemnización por falta de pago de sus salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo y costas del juicio.

En la relación de los hechos de la demanda, afirma el apoderado del actor: que por virtud de un contrato verbal de trabajo, prestó sus servicios a los demandados en un taller de propiedad de éstos, en calidad de relojero; que prestó sus servicios desde el 19 de octubre de 1950 hasta el 27 de noviembre de 1954, fecha en la cual fue despedido en forma unilateral e injusta; que por razón del servicio prestado entre el 19 de octubre de 1950 y el 15 de mayo de 1951 le fueron pagadas las prestaciones sociales causadas hasta esa fecha; que dos días después, esto es, el 17 de mayo de 1951 se celebró un nuevo contrato verbal de trabajo entre él y los demandados, para la prestación de los mismos servicios, en el mismo taller-almacén de relojería que se prolongó hasta el día en que fue despedido; que el 9 de noviembre de 1953 los demandados le hicieron firmar un contrato de trabajo en el cual se ratificaban los términos y estipulaciones del que venía cumpliendo y que los demandados pretendían hacer aparecer como de sociedad; que devengó un salario promedio y a destajo de $ 300.00 mensuales; que prestó sus servicios durante todos los días hábiles de cada semana y sólo recibió como remuneración el valor de la obra de mano realizada, correspondiente al 60% del precio total que los demandados cobraban a los clientes por la reparación de relojes; que los demandados le suministraban los elementos necesarios (repuestos) para el cumplimiento de su labor; que los demandados no le han pagado los salarios y prestaciones sociales que se derivan del último contrato de trabajo celebrado con ellos, a pesar de los requerimientos que se les han hecho, estando por consiguiente en mora de cumplir con tales obligaciones.

Fundó su derecho en los artículos 37, 38, 47, 64, 65, 66, 89, 127, 140, 172, 173, 174, 176. 177, 186, 195, 197, 249, 306 del C. S. T. y el Decreto 2158 de 1948, sobre Procedimiento.

Los demandados, por medio de apoderado, dieron respuesta a la demanda oponiéndose a la acción instaurada y a que se hicieran las declaraciones y condenaciones solicitadas, "por carecer de asidero legal alguno" y negaron los hechos en que se apoya aclarando en cuanto al tercero y al noveno que no son ciertos en la forma en que están redactados. Se propuso "como dilatoria" la excepción de inepta demanda; pero el sentenciador de primera instancia la aceptó como "perentoria" para ser resuelta en el momento de proferir el fallo.

Agotado el trámite, el litigio fue decidido por sentencia dictada por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá. En su parte resolutiva condena a los demandados Pedro Manosalva Rodríguez y Rosa Arcinie-

gas de Manosalva a pagarle, en forma solidaria, al señor Andrés Cerón, por concepto de cesantía, la suma de $ 315.83; por concepto de vacaciones, la suma de $ 150.00, por concepto de primas de servicio, la suma de $ 250.00 y 10.00 diarios por concepto de "salarios caídos" a partir del 28 de noviembre de 1954 hasta el día en que los demandados paguen al señor Andrés Cerón la totalidad de las sumas decretadas en el fallo. Absolvió a los demandados de las demás peticiones del libelo. Declaró no probada la excepción de inepta demanda y condenó en costas.

Apeló la parte demandada y el Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral—, revocó en todas sus partes la de primer grado y en consecuencia absolvió a los demandados de todos los cargos formulados en la demanda que dio lugar al presente juicio y sin costas.

El demandante interpuso el recurso de casación, el cual le fue concedido. Admitido por la Corte y tramitado en legal forma, procede la Sala a decidirlo.

Alcance de la impugnación

Persigue el recurrente que la Corte case la sentencia del ad-quem y, convirtiéndose en Tribunal de instancia, confirme la de primer grado. Invoca la causal primera de casación y con base en ella formula un solo cargo.

Acusa la sentencia de violación indirecta de los artículos 23, 24, 65, 249, 189 y 306 del C. S. T., por falta de aplicación, como consecuencia de los evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador, por no haber apreciado unas pruebas y por haber apreciado equivocadamente otras.

Como pruebas dejadas de apreciar, señala las siguientes: a) "Declaración de Leopoldo Villafrade (Fls. 43 a 45); b) Declaración de Manuel J. Correa (Fls. 46 a 47); c) Posiciones de Pedro Manosalva (Fls. 51 a 53); d) Posiciones absueltas por Rosa Arciniegas de Manosalva (Fls. 54 a 56); e) Los sobres de recibos, que entre sobres que contienen infinidad de recibos, obran al cuaderno número 3 de los autos".

Las mal apreciadas, las singulariza así: a) "Contrato firmado entre Rosa Arciniegas de Manosalva y el demandante, que obra al folio 11 de los autos; b) Certificado expedido por el señor Pedro Manosalva que obra al folio 39 de los autos".

Los errores de hecho son estos: "Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor no estuvo ligado con los demandados por un contrato de trabajo, sino por un contrato de sociedad; dar por demostrado, sin estarlo, que el actor ponía los materiales, fornitura y repuestos para la ejecución de la reparación de los relojes. No dar por demostrado, estándolo, que el actor estuvo ligado por un contrato de trabajo con los demandados; no dar por demostrado, estándolo, que los demandados eran quienes suministraban al actor los materiales, repuestos y fornitura de los relojes que tenía que reparar, no dar por demostrado, estándolo, que los demandados eran quienes contrataban con el respectivo cliente el valor del arreglo de un reloj, para luego pasárselo a Cerón para que lo reparara".

Para demostrar el cargo dice el recurrente: "El artículo 24 del C. S. T. establece lo siguiente: 'Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo'.." Del texto de la disposición transcrita se desprende que el legislador, en la norma anterior, ha establecido una presunción legal a favor del trabajador, según la cual existe contrato de trabajo dondequiera que el trabajador preste sus servicios. En el caso materia de estudio —sigue diciendo— se halla plenamente demostrado la prestación de servicios por parte de Andrés Cerón, con certificado expedido por Pedro Manosalva (Fl. 39), declaración de Augusto Morato (Fl. 45), declaración de Manuel J. Correa (Fls. 46 a 47), declaración de Leopoldo Villafrade (Fls. 43 a 45), posiciones absueltas por Pedro Manosalva y Rosa de Manosalva (Fls. 51 a 56) y los recibos que llevan el membrete "Joyería y Relojería P. Manosalva".

"Sin embargo el Tribunal Superior entendió que no había contrato de trabajo sino de sociedad y fundamenta su afirmación en el contrato que obra al folio 11 de los autos". El recurrente le da una gran fuerza probatoria a la declaración del señor Leopoldo Villafrade (Fls. 43 a 45) por ser trabajador de los demandados, y afirma "que el Tribunal no le dio ninguna validez

o más bien no apreció la declaración". Agrega que los errores en que incurrió el Tribunal se debieron a no haber tenido en cuenta, entre otras, la declaración de Villafrade.

Todo ello para concluir, que el Tribunal, por no apreciar bien unas pruebas o dejar de apreciar otras, incurrió —repite— en violación indirecta del artículo 24 del C. S. T. en relación con las otras disposiciones sustantivas, por falta de aplicación.

Se considera

Lo primero que conviene observar —afirma el Tribunal— es que aunque se demanda con base en un tiempo total de servicios corrido entre el 19 de octubre de 1950 y el 27 de noviembre de 1954, el mismo libelo en su hecho 3º confiesa que entre el 19 de octubre de 1950 y el 15 de mayo de 1951 tuvo vigencia un primer contrato verbal entre las partes, que terminó en la última fecha citada, con el pago de todas las prestaciones sociales causadas hasta ese día y, por tanto, por este lapso nada puede reclamar el actor en este juicio. Igualmente encuentra el Tribunal que la pretendida solidaridad entre los demandados no sólo no fue probada, sino que aparece plenamente desvirtuada con la misma confesión del demandante contenida en la diligencia de absolución de posiciones visible a folios 67 y siguientes del expediente. Al contestar la pregunta décimasexta confiesa que nunca prestó servicios simultáneos a la señora Rosa Arciniegas de Manosalva y al señor Pedro Manosalva. Aparece, pues comprobado que no se beneficiaron simultáneamente de los servicios del actor, es decir, por virtud de un solo contrato de trabajo, lo que unido a que cada uno de los demandados tiene su establecimiento de joyería y relojería independientes el uno del otro, situados en distintos sitios y registrados en la Cámara de Comercio, en esta misma forma, según certificados de folios 18, 19 y 20 del expediente, es suficiente para negar la solidaridad pretendida entre los llamados a responder por las obligaciones debatidas en la litis".

La constancia expedida por el señor Pedro Manosalva y visible al folio 39 de los autos que tanta fuerza tuvo para el a-quo —afirma el sentenciador— no tiene para el Tribunal ningún mérito probatorio por cuanto en ella sólo se dice que el actor trabajó en los negocios de Manosalva devengando por honorarios, como participación en el negocio hasta $ 300.00 mensuales; sin que ello implique la existencia del contrato de trabajo; muy al contrario sus términos podrían servir para configurar una relación jurídica de índole civil o comercial mas no una de naturaleza laboral. Y agrega el Tribunal: "Además, se ignora entre qué fechas corrieron los cuatro años a que se refiere la aludida constancia, ya que el mismo actor en posiciones, como se vio, sólo afirma haber servido a Manosalva entre el 15 de mayo de 1951 y el 9 de noviembre de 1953, tiempo en el cual, según se anotó también, ningún servicio afirma haber prestado a la señora Arciniegas de Manosalva".

En relación con el documento que obra al folio 11 del expediente y que analiza el Tribunal, "sus términos y estipulaciones" lo llevan a la conclusión de que entre la señora Manosalva y el actor pudo haberse celebrado un contrato de sociedad o uno de obra o uno de distinta naturaleza jurídica, pero en ningún caso un contrato de trabajo.

La Sala observa

Para demostrar en el juicio que el demandante le prestó servicios personales a los demandados, aquél adujo las declaraciones de Leopoldo Villafrade (Fls. 43 a 45), Manuel J. Correa (Fls. 46 a 47), posiciones de Pedro Manosalva (Fls. 51 a 53), posiciones de Rosa Arciniegas de Manosalva (Fls. 54 a 56) y los recibos que obran en el cuaderno número 3 de los autos.

Los demandados, por su parte, hicieron valer los testimonios de Enrique Sarmiento (Fl. 41), Leopoldo Villafrade (Fl. 43), Augusto Morato (Fl. 45), Manuel J. Correa (Fl. 46) y el documento firmado por el actor de fecha 9 de noviembre de 1953 (Fl. 11), para probar la inexistencia del contrato de trabajo, y los certificados de la Cámara de Comercio (Fls. 19 a 20) para demostrar que los demandados tenían estableci-

mientos distintos e independientes el uno del otro. Asimismo, el recibo firmado por el actor el 14 de junio de 1951 (Fl. 12) para demostrar que la señora Arciniegas de Manosalva estaba a paz y salvo con el actor por concepto de prestaciones sociales originadas en la relación contractual del 19 de octubre de 1950 al 15 de mayo de 1951.

Las documentales que aparecen a los folios 11 y 12 fueron reconocidas por el actor en diligencia que aparece al folio 75 del proceso.

Con el acervo probatorio aducido en el juicio se trataba de saber si los servicios personales del actor configuraban el contrato laboral entre las partes o si, por el contrario, la presunción establecida por el artículo 24 del C. S. T. había quedado desvirtuada por los medios probatorios conducentes.

De esas probanzas prefirió el fallador las aportadas por los demandados. Le dio mayor validez a los documentos que obran a folios 11 y 12, para llegar a la conclusión de que entre las partes en litigio no se celebró un contrato de trabajo, sino uno de naturaleza distinta. Además, la consideración hecha por el fallador en la sentencia, de que los testimonios aportados por el demandante, en que se habla simplemente de que el actor rendía su trabajo de relojero sin sujeción a horario o reglamento según unos, y con modalidades de trabajo desconocidas, según otros, implica que el adquem formó su libre convencimiento dándole mayor fuerza probatoria a las documentales exhibidas por los demandados y fue así como inclinó su decisión en favor de éstos.

No fue entonces que el Tribunal hubiera incurrido en un error, que no aparece demostrado, para inculparlo de violación de una norma que determina la concurrencia de elementos esenciales para estructurar el contrato de trabajo (Art. 23 del C. S. T.) o de otra (Art. 24 del C. S. T.) cuya presunción no es de derecho, y por consiguiente permite demostrar, como lo admitió el adquem en el caso en estudio, que los servicios personales se prestaron en razón de un vínculo distinto según pieza que obra a folio 11, en que consta que entre Cerón y la señora Manosalva se celebró un contrato por el cual Cerón se obligaba a aportar los elementos necesarios para la reparación de relojes, no estaba sometido a subordinación alguna, ni a reglamento u horario, y percibía mayor porcentaje en el negocio. Todo ello demuestra que no había relación jurídico-laboral, pues en ésta el trabajador solo aporta su esfuerzo personal sin asumir ningún riesgo. Los testimonios traídos al juicio por el demandante son tan vagos, tan faltos de precisión, que no alcanzaron a desvirtuar la pieza probatoria del folio 11 del proceso. Si la relación jurídica de carácter laboral no llegó a configurarse, en concepto del fallador, y éste formó su libre convencimiento, a través de las pruebas que le merecieron mayor credibilidad, no resulta justificada la acusación de su fallo.

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 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.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SERVICIOS PRESTADOS POR COMISION EN LA NEGOCIACION DE UN INMUEBLE CON INTERESES Y COSTAS DEL JUICIO

1. El artículo 1494 del C. C. y 1495 ibídem; artículo 1602 del C. C., y el artículo 2147 también del C. C., no consagran ningún derecho material. Su infracción o desconocimiento no puede dar base de prosperidad a la casación si no incide en el quebrantamiento de una norma que consagre el derecho subjetivo. El Decreto 456 de 1956, ha sido acusado como infracción de medio de disposiciones que no consagran ni tutelan derecho material alguno.

2. La jurisprudencia y la doctrina han sostenido reiteradamente que todo cargo en el recurso de casación debe contener una proposición jurídica completa, mediante la formalización de un proceso lógico y relacionado que abarque las diversas situaciones jurídicas que pueden verse comprometidas en la resolución acusada. Al no mencionarse como violada la norma o normas que establecen la obligación que remunera los servicios personales de carácter privado, el cargo no prospera por cuanto la Corte no puede entrar a buscarlas oficiosamente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., 24 de noviembre de 1965.

(Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral).

Miguel Bernal Moreno, por medio de apoderado demandó a José María Larrotta, para que previos los trámites de un juicio ordinario laboral, se le condene a pagarle la cantidad de noventa mil pesos ($ 90.000.00) que le debe por concepto de servicios prestados por comisión en la negociación de un inmueble; los intereses legales de la mencionada suma desde que se causaron a deber hasta el día en que el pago se verifique, y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, el señor Eduardo Alford comisionó a Miguel Bernal Moreno para que le vendiera un lote de propiedad de Alford y sus hermanas, reconociéndole por concepto de honorarios la cantidad de setenta y ocho mil pesos ($ 78.000.00); en cumplimiento de esa comisión Bernal Moreno ofreció en venta a José María Larrotta, dicho inmueble; en los días en que hacía las gestiones con el señor Larrotta, Ulises Ortegón, Jorge Bernal y Francisco Callamand le pidieron que desistiera de su intervención en la negociación del inmueble de Alford y hermanas, y en su lugar interviniera como comisionista en la venta de un inmueble de propiedad de Consorcio de Cervecerías Germania; una vez que Bernal Moreno conoció el lote del Consorcio de Cervecerías, le habló a Larrotta sobre la venta y en su compañía y en la de Jorge Bernal y Francisco Callamand, lo llevaron a visitar el inmueble de Bavaria. Conocidas las condiciones de venta de dicho lote, Larrotta se entrevistó con Bernal Moreno y Alford y éste le dio las informaciones sobre el lote que le prometía vender; Larrotta, discretamente, le preguntó a Bernal Moreno qué interés tenía en la venta del inmueble de Alford, habiéndole contestado que por dicha negociación devengaría buenos honorarios. Entonces Larrotta propuso a Bernal Moreno que prescindiera del negorio con Alford e interviniera para llevar a término la negociación o venta del inmueble del Consorcio de Cervecerías Bavaria, y que para este efecto le reconocería una comisión equivalente a noventa mil pesos ($ 90.000.00), oferta que le confirmó por escrito el dos de noviembre de 1956, en la siguiente forma: "De conformidad con las conversaciones adelantadas respecto al negocio de compra al Consorcio de Cervecerías

Bavaria de un globo de terreno sobre la carretera de Occidente, a linde de las Granjas de Techo en esta ciudad, quiero ratificarle a usted por medio de la presente la oferta verbal de pagarle como participación en dicho negocio la cantidad de noventa mil pesos ($ 90.000.00) moneda legal. Este pago se efectuará en un plazo máximo de seis (6) meses que se contará a partir de la fecha en que dicho negocio sea formalizado legalmente. Quiero aclararle que en el caso de que dicha negociación no se efectuare el compromiso aquí adquirido no tendrá validez. Si usted encuentra conforme el contenido de la presente le ruego devolverme firmado el duplicado de esta misma carta que para tal efecto le acompaño". El duplicado de esta carta fue devuelto firmado por el destinatario, quien como consecuencia de lo convenido con Larrotta desistió de la negociación relacionada con el inmueble de Alford y se dedicó a gestionar la venta del inmueble de Consorcio de Cervecerías Bavaria o Germania, operación que se llevó a cabo según consta en escritura pública número 541 de 15 de febrero de 1957 y en cuyo perfeccionamiento fueron sustanciales y definitivas las gestiones desarrolladas por el demandante. A pesar de estar vencido el término para pagar los honorarios estipulados, el señor Larrotta se ha resistido a cancelarlos, pese a los requerimientos amistosos que se le han hecho. La sociedad vendedora, o sea Germania, pagó a su comisionista señor Francisco Callamand la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) por concepto de honorarios. Bernal Moreno hizo gastos de su peculio personal para el cumplimiento de sus gestiones, que no le han sido reembolsados.

Al contestar la demanda, el demandado dijo no constarle algunos de los hechos, y ni ser ciertos otros en la forma como están redactados. En relación a la carta remitida a Bernal, dice que no tuvo operancia práctica alguna, en virtud de que éste no tuvo ingerencia en la celebración del contrato a que ella hace referencia. Se opuso a todas y cada una de las peticiones formuladas en el libelo de demanda y propuso las excepciones perentorias de falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación reclamada e inepta demanda sustantiva en la parte demandada.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez Segundo Laboral de Bogotá, quien conoció del juicio, condenó a José María Larrota a pagar a Miguel Bernal Moreno la suma de noventa mil pesos ($ 90.000.00) por concepto de honorarios causados en la venta que de Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. le hizo al primero del terreno descrito en el hecho 10 de la demanda; absolvió al demandado de los otros cargos del libelo; declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, a quien condenó en costas. Apeló la parte vencida. Al decidir la alzada el Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral—, revocó el fallo de primer grado y en su lugar absolvió a José María Larrotta de todos los cargos de la demanda; condenó en costas al demandante. Para llegar a esta conclusión dijo el Tribunal: "Ninguna de estas pruebas demuestra las gestiones que Bernal Moreno hubiera realizado a fin de obtener el que la firma propietaria del inmueble lo vendiera al señor Larrota. Antes por el contrario, demuestran ellas que la suma de $ 90.000.00 que Larrota prometió a Bernal para el caso de que celebrase la negociación tuvo su origen no en servicios personales que Bernal le hubiese prestado o le fuese a prestar en relación con la compraventa, sino en el hecho de que Bernal desistió de que se hiciese la negociación del lote de los Alford en la cual él era comisionista, habiendo cedido a Larrota el negocio con Bavaria y Germania. Y como este tipo de negociación, consistente en la cesión de un negocio, habiendo desistido de que otro se realizara, ni implica la prestación de servicios de una parte a la otra, sino una convención de orden distinta, hay que concluir que debe absolverse al demandado de todos los cargos de la demanda, pues, no está demostrada la prestación de servicios que en ella se invoca".

Recurrió en casación la parte demandante. Cumplido el trámite legal se decidirá el recurso previo el estudio de casación y la réplica del opositor.

La demanda de casación

Pretende se case en su totalidad la sentencia de segundo grado, y en su lugar, se

confirme el fallo de primera instancia o se le introduzcan las modificaciones pertinentes según lo alegado y probado en el juicio, especialmente en cuanto se refiere a condenación en costas y pago de intereses. Con base en la causal primera formula dos cargos, los cuales se estudiarán a continuación.

Primer cargo

Acusa la sentencia por ser violatoria de los artículos 1494, 1495 y 1602 del C. C., a causa de ostensibles errores de hecho provenientes de falta de apreciación y de apreciación errónea de las siguientes pruebas: "Pruebas no apreciadas: a) Copia de la escritura pública número 541 de 15 de febrero de 1957 de la Notaría Séptima de Bogotá, de Fls. 8 a 12; 54 y ss.; b) Copia de la escritura 514 de 25 de febrero de 1957 de la Notaría 3ª de Bogotá y el documento protocolizado de que da cuenta dicha escritura, de Fls. 13 a 16; 75 ss. c) La contestación a la demanda, Fl. 23; d) Posiciones del demandado, de Fls. 44 a 48. e) El certificado que obra a Fl. 81. Pruebas erróneamente apreciadas: a) Posiciones de Miguel Bernal Moreno, Fl. 48 a 50; b) Declaración de Francisco Callamand, Fls. 65 a 70; c) Declaración de Ulises Ortegón, Fls. 70 a 73; d) Declaración de Jorge Humberto Bernal, Fl. 84 a 87; e) Testimonio de José Fernando Díaz. Fls. 89 a 93; f) Declaración de Anita Díaz, Fls. 126 a 133; g) Declaración de Fernando Michelsen, Fls. 134 y 135".

Al sustentar el cargo, dice el recurrente que de la carta dirigida por José María Larrotta a Miguel Bernal Moreno y de las posiciones absueltas por el primero, aparece en la forma meridiana que entre ellos se pactó la realización de actos del segundo que favorecieron a Larrotta, o sean servicios personales, por los cuales se estipuló un honorario o comisión, actos que terminaban con la celebración de la compraventa, sin estar condicionados a la ejecución de ninguno posterior; que con la más exigente crítica probatoria todos los testimonios acreditan inequívocamente que Bernal Moreno realizó un conjunto de actos benéficos para el señor Larrotta; lo acercó al intermediario o representante de la parte vendedora, intervino en el proceso de la negociación y, en suma, la prestó sus servicios personales hasta determinar la perfección del contrato de compraventa a que aspiraba el señor José María Larrotta; que la errada apreciación de los testimonios por parte del fallador de segundo grado, lo llevó a no dar por existentes los hechos que constituyeron los servicios o actividad personal de Bernal en beneficio de Larrotta; por último, que el ad-quem no apreció la escritura pública por la cual se perfeccionó el contrato de compraventa entre Larrotta y la Cervecería Germania, que es un complemento indispensable para determinar las obligaciones a cargo del comprador y a favor del intermediario Bernal Moreno. Termina así el impugnador: "Por falta de estimación de los elementos probatorios ya señalados y por la errónea apreciación de las pruebas indicadas, incurrió el sentenciador de segundo grado en los ostensibles errores de hecho consistentes en no dar por demostrado que el recurrente celebró un contrato con José María Larrotta para que le sirviera como intermediario en la negociación de compraventa de un inmueble a la Cervecería Germania; que el recurrente le prestó todos los servicios personales tendientes al acercamiento de los contratantes y a la perfección del contrato; y que Larrotta está obligado a pagar a Bernal Moreno la suma de noventa mil pesos ($ 90.000.00) estipulada como valor de los honorarios o comisiones por tal intervención. Como consecuencia, de tan notorios errores de hecho, el ad-quem violó las normas contenidas en los artículos que he invocado, que consagran como fuente de las obligaciones el contrato, que lo definen y que disponen que legalmente celebrado es ley para las partes y que no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, es decir la esencia de la autonomía de la voluntad para obligarse. La incidencia de los errores de hecho y la inaplicación de las normas sobre la parte resolutiva de la sentencia es suficientemente clara, pues de haberse apreciado las pruebas singularizadas, la sentencia hubiese sido condenatoria para el señor José María Larrotta".

Segundo cargo

"La sentencia acusada violó directamente los artículos 1º del Decreto 456 de 1956 en forma inmediata o de medio y los artículos 1495, 1602 y 2147 del Código Civil en forma mediata o como violación fin. Este cargo se formula para el evento de que la H. Corte considere que la formulación del primer cargo no es procedente. Acepta el sentenciador de segundo grado que el señor José María Larrotta prometió al recurrente el pago de la suma de noventa mil pesos ($ 90.000.00) para el caso de que se celebrara la negociación de compraventa de un inmueble pero que su origen verdadero fue el desistimiento de Bernal Moreno de otra negociación en la cual era comisionista. Admitida la existencia de tal hecho, era pertinente la aplicación del artículo primero del Decreto 456 de 1946, por el cual la justicia laboral es competente para conocer de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones personales por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen. Si Bernal Moreno ejecutó un conjunto de actos personalmente que beneficiaban a Larrotta, o sea, que prestó servicios de comisionista y desistiera o no desistiera de esa negociación para emprender otra, que se realizó, era conducente la aplicación de la norma invocada. Como se abstuvo de hacerlo, la violó y al mismo tiempo los artículos 1495, 1602 y 2147 del C. C. que señalan el contrato como una de las fuentes de las obligaciones; que dan fuerza de ley a todo contrato legalmente celebrado y que da al Juez la facultad de apreciar el carácter de la recomendación de negocios ajenos. Aun aceptado el evento de que hubiese una cesión por parte de Bernal Moreno, el sentenciador cuyo fallo impugno, acepta que Bernal Moreno tenía el carácter de comisionista, que realizó las gestiones correspondientes a tal carácter, que pactó unos honorarios por una negociación que se convirtió en una cesión. Si hubo servicios personales y sobrevino una cesión, ésta es una circunstancia que en nada desvirtúa la obligación de retribuir esos servicios ya prestados, ya que "cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen", en este evento, la cesión, hacía necesaria la aplicación de las normas sobre competencia para conocer y decidir de esta índole de controversias y, consecuencialmente aplicar las normas del Código Civil que le dan firmeza y obligatoriedad a los contratos legalmente celebrados. Aceptados por el fallador los presupuestos de las normas citadas, violó directamente tales disposiciones al revocar la sentencia de primer grado. La presente demanda en este cargo está orientada al restablecimiento de las normas quebrantadas, mediante la casación total del fallo impugnado, para que, convertida la H. Corte en Tribunal de instancia confirme la sentencia del a-quo, o de primer grado, o para que le introduzca las modificaciones con apoyo en lo alegado y probado dentro del juicio".

La oposición

Según el opositor, el Decreto 456 de 1956 le otorgó a la Jurisdicción del Trabajo una competencia para conocer de las acciones propias sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones de servicios personales de carácter privado, para lo cual debe estudiar las condiciones y demás modalidades relacionadas con el tipo de contrato que ligó a las partes, con el fin de poder concluir cuál fue la naturaleza de la relación jurídica de derecho privado, o mejor, cuál fue el tipo de contrato celebrado entre ellas. Agrega que los testimonios de Fernando Michelsen Uribe y de Anita Díaz y la confesión del demandante al absolver posiciones, demuestran que Bernal Moreno no prestó servicios personales a Larrotta en relación con la compra que éste hizo a Bavaria y que según el testimonio de Anita Díaz, la suma ofrecida por el demandado al demandante tuvo como causa la cesión de un negocio.

Se considera

Entre las normas que el recurrente señaló como violadas al formular los dos cargos, ninguna de ellas establece la obligación de remunerar servicios personales prestados en virtud de una relación de derecho privado, sea civil o comercial. Es obvio que toda condena a remunerar esta clase de servicios debe fundarse en alguna dis-

posición de derecho material que consagre el derecho a la remuneración.

El artículo 1494 del Código Civil señala las fuentes de las obligaciones; el 1495 ibídem define el contrato o convención; el 1602 del mismo Código señala los efectos del contrato, y el 2147, también del Código Civil, contiene reglas o consejos para interpretar acertadamente una determinada relación: la simple recomendación de negocios ajenos. Estas normas no consagran ningún derecho material. De modo que su infracción o desconocimiento no puede dar base de prosperidad a la casación, si no incide en el quebrantamiento de una norma que consagre el derecho subjetivo. Cuanto al artículo 1º del Decreto 456 de 1956, ha sido acusado como infracción de medio de disposiciones que, como ya se ha visto, no consagran ni tutelan derecho material alguno.

La jurisprudencia y la doctrina han sostenido reiteradamente que todo cargo en el recurso de casación debe contener una proposición jurídica completa, mediante la formalización de un proceso lógico y relacionado que abarque las diversas situaciones jurídicas que pueden verse comprometidas en la resolución acusada. Al no mencionarse como violada la norma o normas que establecen la obligación de remunerar los servicios personales de carácter privado, el cargo se queda en la mitad del camino, por cuanto no puede la Corte salir a buscarlas oficiosamente. Aun cuando prosperara la acusación por los aspectos planteados en los cargos, no podría condenarse al demandado a remunerar dichos servicios, por no haber sido señalada como violadas la norma o normas que consagran esa obligación.

En consecuencia no prosperan los cargos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral.

Costas en el recurso a cargo del recurrente.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RENUENCIA. — SEGURO DE VIDA POR MUERTE EN ACCIDENTE DE TRABAJO. — VINCULO LABORAL ENTRE LAS PARTES.

1. La Corte ha sostenido que la renuencia a que se refiere el artículo 56 del C. de P. L. y la declaratoria de confeso del renuente, deben decidirse en la sentencia.

2. Se contrae la obligación de pagar indemnización por muerte en accidente de trabajo, a los hechos contemplados en los artículos 224 y 225 del C. S. del T., que regulan estas prestaciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre 24 de 1965.
(Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral).

Casimira Nieto vda. de Escobar, en su propio nombre y como representante de su menor hija María Lourdes Escobar Nieto demandó, por medio de apoderado, a José Pinzón y a la Sociedad Constructora de Pavimentos América (Socopán), para que en forma solidaria, o al que se encuentre responsable, se les condene a pagar la indemnización total y ordinaria por perjuicios debidos a la muerte sufrida a consecuencia de accidente de trabajo por el señor Gustavo Escobar Vargas; en subsidio de esta petición, que se les condene al pago del seguro de vida doblado de Gustavo Escobar Vargas, por muerte producida a consecuencia de accidente de trabajo. También solicitó la condena por la indemnización moratoria y por los perjuicios morales ocasionados con la muerte de Escobar Vargas.

Según los hechos de la demanda, Gustavo Escobar Vargas prestó sus servicios a José Pinzón y Compañía hasta el 24 de octubre de 1954 y a José Pinzón desde el 25 del mismo mes y año. Devengaba un salario de $ 13.00 diarios, más $ 0.02 por cada metro cúbico de "recebo" que movilizara con una pala mecánica, y $ 15.00 por cada vez que trabajaba dos o tres horas durante la noche. Escobar prestó sus servicios hasta el 7 de enero de 1955, fecha en que sufrió un accidente de trabajo al laborar durante la noche, cuando le cayó encima un derrumbe, que le fracturó el fémur izquierdo. A consecuencia del accidente, falleció el 10 de febrero de 1955. El derrumbe se debió a que la cantera de donde se extraía el recebo fue dinamitada, hecho que desconocía Escobar. El trabajo durante la noche se hacía por cuenta de Socopán, quien lo remuneraba, todo con la tolerancia de José Pinzón. Socopán era la beneficiaria del trabajo realizado por Pinzón como contratista independiente. Escobar Vargas contrajo matrimonio con Casimira Nieto, unión de la cual nació la niña María Lourdes.

Al contestar la demanda, el apoderado de José Pinzón aceptó la existencia de la relación laboral, el tiempo de servicio, el salario devengado, y no aceptó los demás hechos en la forma como están redactados.

Se opuso a las peticiones de la demanda, por no tener fundamentos legales. El apoderado de la Sociedad Constructora de Pavimentos América (Socopán), negó los hechos de la demanda. Propuso las excepciones que se deriven de los siguientes hechos: Socopán es adjudicataria conjuntamente con Pedro Valenzuela French, de las obras de construcción de la Autopista del Norte, mediante contrato celebrado con el Gobierno Nacional. Las "receberas" de Usaquén fueron entregadas a Luis F. Arévalo, a título de arrendamiento, quien las explotaba; por lo tanto era éste el beneficiario directo del trabajo de Escobar. La jurisdicción del trabajo no es competente para conocer de las acciones por indemnización de perjuicios, mientras por la justicia ordinaria

no se haya declarado la responsabilidad por culpa del patrono.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez 4º Laboral, quien conoció del juicio, dictó el siguiente fallo: "Primero. Condénase a José Pinzón a pagar a Casimira Nieto viuda de Escobar y a María Lourdes Escobar Nieto, tres días después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de siete mil novecientos cuarenta y seis pesos con cincuenta y dos centavos ($ 7.946.52) moneda corriente, como valor de la prestación por muerte en accidente de trabajo del señor Gustavo Escobar Vargas de acuerdo con la forma de distribución indicada en el ordinal 2º letra e) del artículo 204 del C. S. T. Segundo. Condénase a José Pinzón a pagar el cincuenta por ciento (50%) de las costas. Tercero. Absuélvese a José Pinzón de los demás cargos formulados en el libelo de demanda. Cuarto. Absuélvese a la Sociedad Constructora de Pavimentos América (Socopán) de todos los cargos formulados en la demanda. Quinto. Condénase a la parte demandante a pagar las costas del juicio en cuanto hace relación a la demanda contra la Sociedad Constructora de Pavimentos América (Socopán)". Apeló el apoderado de José Pinzón. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, al decidir la alzada, revocó la sentencia de primer grado en cuanto condenó a José Pinzón a pagar a los demandantes la prestación por muerte, de Gustavo Escobar Vargas, y en su lugar lo absolvió de todos los cargos de la demanda, y Confirmó las demás ordenaciones del fallo apelado.

Interpuso el recurso de casación la parte demandante. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala, el recurrente formuló oportunamente la demanda de casación, habiéndose opuesto la parte demandada.

Consideraciones previas

Estando el negocio para fallo, el apoderado de la parte recurrente presentó un escrito en el cual solicita se declara la nulidad de lo actuado, por no haberse dictado en audiencia pública el auto que fijó fecha para celebrar la audiencia de juzgamiento en la primera instancia. Pide en subsidio se ordene la devolución del negocio para que se notifique la sentencia de primer grado.

En relación a la nulidad solicitada, es de observar que en la cuarta audiencia de trámite el a-quo señaló fecha para la audiencia de juzgamiento, que no pudo celebrarse por haber solicitado el demandante se declarara la renuencia del demandado a la práctica de una inspección ocular, lo que así resolvió el Juzgado, habiendo subido el negocio al Tribunal Superior, en virtud de apelación interpuesta por el apoderado del demandado. Al desatar el recurso, el Superior revocó la providencia recurrida y ordenó que por el a-quo se señalara fecha y hora para la audiencia de juzgamiento, lo que éste cumplió en providencia que fue notificada por estado. Es decir, que el Juzgado dictó el primer auto que señaló fecha para la audiencia de juzgamiento en la cuarta audiencia de trámite. Si posteriormente no lo hizo así, fue porque esta audiencia no pudo celebrarse por estar tramitándose un recurso de apelación. Es claro que al decidirse el recurso, la fijación para audiencia de juzgamiento no podía hacerse en audiencia pública. Sobre este particular dijo el Tribunal Supremo: "La apreciación de las providencias de folios 28 y 35 no lleva necesariamente a la declaración de nulidad propuesta por el recurrente, pues la providencia de folios 28 es imposible dictarla en audiencia en cuanto accede al aplazamiento de la señalada, y es indispensable para decidir lo pedido por las partes, y la providencia de folios 35 tampoco es posible dictarla en audiencia que no fue dado verificar, y se requiere para la continuidad del juicio. Las providencias que el recurrente encuentra proferidas fuera de las formas propias del juicio no podían ser dictadas como lo pide el acusador y era de rigor pronunciarlas fuera de audiencia. Además, si se llegara a la conclusión del impugnador, se tendría la imposibilidad de continuar el juicio, pues no se podría celebrar audiencia sin el debido señalamiento y éste siempre tendría lugar fuera de la misma audiencia, por lo cual se haría imposible la continuación del trámite, luego la consideración de las providencias señaladas por el recurrente no debe producir la nulidad alegada, porque ello sería la nega-

ción de todo el procedimiento y de todo el juicio. Como el Código Procesal del Trabajo no tiene previsto expresamente el caso de que se haya dejado de señalar fecha para audiencia y que sea necesario para continuar el juicio señalarla en forma escrita, se debe en tales casos proceder según lo ordenado por el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, usando para ese vacío las formas del Código Judicial y dando así perfecta operancia al artículo 40 del mismo Decreto 2158 de 1948". (Sentencia de 19 de mayo de 1954). No pudiendo dictar sentencia el inferior mientras estuviese pendiente la decisión del Superior, al tenor de lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 65 del C. de P. L., no estaba obligado a fijar fecha para audiencia de juzgamiento sino cuando se desatara el recurso, y para continuar el trámite, forzosamente debía dictar una providencia fuera de audiencia pública, y notificarla por estado, lo que así hizo, sin que por ello se hubiese incurrido en nulidad.

Cuanto a que la sentencia no se ha notificado en estrados cuando una o ambas partes no asisten a la audiencia de juzgamiento, es cuestión que ya ha sido resuelta por esta Sala, la que en auto de 14 de agosto de 1958 dijo lo siguiente: "El Código Procesal del Trabajo, consagra la notificación en estrados como única forma de notificar las sentencias de primera y segunda instancia, tal como lo tiene resuelto la reiterada jurisprudencia, tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala Laboral de la Corte, mediante la correcta interpretación de los artículos 81 y 82 del mismo Código, en armonía con el artículo 41 ibídem y en consonancia con el principio de la oralidad que gobierna el procedimiento laboral. El ordinal 2º del artículo 41 citado, dispone que se harán en estrados, oralmente, las notificaciones de providencias que se dicten en las audiencias públicas. En el presente caso, el juzgamiento se produjo en audiencia pública conforme a lo ordenado por los artículos 81 y 82 ya mencionados, de donde se concluye ue era imperativo y de obligatorio cumplimiento el que la referida sentencia se notificara, como se hizo, en estrados. La notificación se entiende surtida por el solo hecho del pronunciamiento del proveído, sin que importe la ausencia de las partes para que la providencia quede legalmente notificada, como expresó el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia de fecha 14 de junio de 1955, interpretación que esta Sala comparte. No existe razón de orden legal ni jurídico para modificar la doctrina anterior sobre la forma como debe efectuarse la notificación de las sentencias de instancias y, por tanto, no se accede a lo solicitado por el apoderado de la parte demandada en este juicio".

Como la sentencia de primer grado fue pronunciada en audiencia pública y se dejó constancia de que fue notificada en estrados, la notificación fue hecha correctamente.

Por las razones expuestas, no se accede a lo solicitado por el apoderado del recurrente.

Sentado lo anterior, se decidirá el recurso.

La demanda de casación

Aspira el recurrente a que se case la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá y que convertida la Sala en sentenciador de instancia modifique los fallos del 1º y 2º grado en la forma que puntualiza al exponer cada uno de los cargos. Formula, con base en la causal primera, tres acusaciones, las cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

Infracción de los artículos 214 y 289 del Código Sustantivo del Trabajo, por error de derecho y por manifiesto error de hecho.

Según el recurrente, la ley no determina cómo se demuestra la nómina de una empresa. Dice que la declaración de renta no es prueba de nómina de salarios, pues en ella bien puede no aparecer ésta, y que la ley sólo la exige para comprobar en juicios del trabajo el patrimonio de las empresas. Luego agrega que aunque la prueba del salario mensual incumbe al patrono, el demandante trató de demostrar que los trabajadores del demandado devengaban más de mil pesos mensuales y que el salario del demandante ascendía a $ 1.075.80, para lo cual pidió la práctica de una inspección

ocular, la cual no se practicó por renuencia del demandado, quien por medio de su apoderado afirmó que no tenía libros, siendo así que en el proceso obra una certificación de la Cámara de Comercio (folio 61 vto.), según la cual el demandado Pinzón tenía libros registrados; que en consecuencia debe declarársele renuente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral, y tenerse como probados los hechos relativos a que el demandado pagaba más de mil pesos mensuales como salarios, y que el demandante devengaba $ 1.075.80.

Termina el desarrollo del cargo así: "El error de derecho es manifiesto, porque se dio por establecida una nómina de salario por medio de una declaración de renta y patrimonio que carece en absoluto de referencia de salario. También hay error de derecho por no haberse aceptado la renuencia de la parte demandada, y de consiguiente, no haberse dado como probado lo solicitado en la inspección ocular, que, repito, no se realizó por la negativa y falsedad de la parte demandada. La incidencia que esta omisión del fallador produjo en el fallo recurrido es obvia, pues si se hubiera aceptado como demostrada la presunción legal que determina la renuencia, el resultado de la condena habría sido fatalmente muy otro. Las mismas pruebas que acabo de analizar y puntualizar, demuestran el evidente error de hecho en que incurrió el sentenciador por no haber apreciado o apreciado mal las probanzas en cuestión. Si el fallador de segunda instancia hubiera dado aplicación al artículo 56 del C. de P. Laboral, y al mismo tiempo hubiera tenido en cuenta las pruebas puntualizadas, no habría violado la norma sustantiva contenida en el artículo 289 del C. S. T. Con la sola aplicación de la norma adjetiva o con la sola consideración de las pruebas desechadas, el fallador hubiera tenido que llegar a la conclusión de que el demandado sí está obligado a cubrir el seguro de vida reclamado. Los anteriores errores llevaron al Tribunal a aseverar lo que dice en el ordinal g) de su sentencia folio 182, o sea que no hay prueba en los autos de que Pinzón tuviera una nómina de $ 1.000.00 mensuales".

Según el opositor, el cargo está mal formulado, pues no aduce el concepto de la violación de las normas, ni singulariza las pruebas origen de los errores. Agrega que la ley laboral no exige un medio probatorio especial y solemne para la demostración de la nómina de los trabajadores de una empresa, por lo cual no puede hablarse de error de derecho; que el sentenciador de segunda instancia en incidente especial, rechazó la declaratoria de renuencia; y que ésta, además, no puede configurar error de derecho; que procesalmente no se acreditó, ni podía demostrarse, que la nómina de salarios del demandado tuviera un valor mayor de $ 1.000.00; por lo cual, no habiendo desestimación probatoria, no puede surgir el cargo de infracción por error de hecho.

Se considera

Si bien el recurrente no indica cuál es el concepto de la violación, al hablar de que ella se produjo por errores de hecho y de derecho debe entenderse que se acusa por aplicación indebida de las normas, como lo ha interpretado la jurisprudencia.

En relación a la nómina de salarios del demandado, el Tribunal se limitó a decir que no hay prueba en los autos de que José Pinzón tuviera una nómina de salario de $ 1.000.00 mensuales o superior, y por consiguiente llegó a la conclusión de que no hay lugar a la prestación por seguro de vida, ni sencillo ni doblado, conforme a los artículos 214 y 289 del Código Sustantivo del Trabajo. De tal manera que no es cierto, como lo afirma el impugnador, que hubiese dado por establecida dicha nómina por medio de la declaración de renta y patrimonio del demandado.

Cuanto a la inspección ocular practicada sobre los libros de José Pinzón, el Tribunal hizo referencia a ella, pero omitió calificar la renuencia de la parte que debía facilitarle, quizá por considerar que este punto ya había sido decidido en providencia previa. Se apartó así de la jurisprudencia de esta Sala, que ha sostenido que la renuencia a que se refiere el artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral y la declaratoria de confeso del renuente, deben decidirse en la sentencia.

El demandante pidió la práctica de una inspección ocular sobre los libros y papeles de los demandados "para determinar las clases de salarios devengados, monto de lo devengado por trabajo nocturno, monto de lo devengado por concepto de los dos centavos por metro cúbico de recebo movilizado, etc.". Al decretar esta prueba, el juzgado señaló los siguientes puntos sobre los cuales debía de versar: "1º Establecer las distintas clases de salarios devengados por Gustavo Escobar Vargas durante todo el tiempo de prestación de sus servicios. 2º Establecer el monto total de lo devengado por Gustavo Escobar Vargas, tanto por concepto de trabajo diurno como por trabajo nocturno. 3º Establecer la cantidad total que por concepto de comisión por cada metro cúbico de recebo movilizado, se le pagó a Gustavo Escobar Vargas. 4º Establecer quién y por cuenta de quién efectuaba el pago de la comisión a que se refiere el punto anterior, indicando la cantidad total de metros cúbicos de recebo que fue movilizado durante el tiempo de servicios de Escobar y Vargas. 5º Establecer el promedio mensual devengado por Escobar Vargas durante el tiempo de sus servicios, por todo concepto". Posteriormente el apoderado del demandante pidió ampliara la inspección ocular sobre el siguiente punto: "1º Que se establezca cuántas palas mecánicas y volquetes tenía a su servicio el señor José Pinzón en enero de 1955, cuántos trabajadores servían en dichos vehículos. Con esto intentó demostrar que dicho personal devengaba más de $ 1.000.00 mensuales, y que el señor Gustavo Escobar Vargas tenía un promedio de salario mensual de $ 1.075.80. En caso de renuencia de la parte demandada a suministrar los datos que se solicitan en este punto pido el señor Juez considere como demostrados lo (sic) que intento probar en este punto".

Al practicar la prueba el apoderado de Pinzón manifestó que éste solamente tenía en su poder copia de las facturas elaboradas por Socopán respecto del material explotado, y que como no era comerciante, ni los actos que ejecutaba eran actos de comercio, no llevaba los libros que el Código del Comercio obliga llevar a los comerciantes. Sin embargo a folios 61 vuelto y 62 la Cámara de Comercio de Bogotá certifica que "aparecen registrados debidamente rubricados los siguientes libros de contabilidad para la firma de José Pinzón, en el período comprendido a partir de 1954 inclusive, hasta el 10 de febrero de 1955. Con fecha tres (3) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), bajo el número de serie 44788, un libro de Cuenta y Razón con cincuenta y una (51) hojas útiles; un libro de Inventarios y Balances, con ciento cincuenta (150) hojas útiles".

Es claro que si el demandado tenía libros registrados en la Cámara de Comercio y no los facilitó para que sobre ellos se practicara la inspección ocular, ésta no pudo practicarse totalmente por la renuencia a presentar dichos libros. En consecuencia el demandado se hizo acreedor a las sanciones establecidas en el artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral.

Según el Tribunal no era posible declarar que los hechos que se pretendía demostrar con la inspección ocular se tuvieran como probados, por cuanto los puntos materia de la inspección no se refieren a hechos concretos y determinados. Cuanto a la adición pedida por el apoderado del demandante y decretada por el Juez, dijo lo siguiente: "Y no se diga que los hechos a demostrar con la inspección no son los ya mencionados, que aparecen a folios 35 y 36 de las copias, sino los contenidos en el punto primero de la solicitud efectuada por el apoderado de la parte actora dentro de la diligencia de inspección ocular (folio 41), que el Juez del conocimiento ordenó tener como adición de los puntos materia de inspección, y que es en relación con esos puntos el solo alcance de la declaración de renuencia que el Juzgado fulminó, porque el primero de ellos también es indeterminado y los otros dos, es decir el de que el señor Gustavo Escobar devengaba un promedio de $ 1.075.80 mensuales y el de que el personal al servicio de José Pinzón devengaba más de $ 1.000.00 mensuales, no pueden entenderse incluídos dentro de la adición mencionada, ya que el apoderado de la parte actora los pretendía deducir de la comprobación del punto adicionado que no fue otro que el de establecer "cuantas palas mecánicas y volquetes tenía a su ser-

vicio del señor José Pinzón en enero de 1955, cuántos trabajadores servían en dichos vehículos". Y si el hecho fundamental a establecer no puede declararse judicialmente cierto, tampoco puede cobijar tal declaración a los que la parte demandante pretendía considerar demostrados con el establecimiento o comprobación de aquél".

Ahora bien: aun cuando los puntos sobre los cuales versaba la inspección ocular no son concretos, el demandante afirmó que con ellos pretendía demostrar que el promedio mensual del salario devengado por el trabajador fallecido ascendía a $ 1.075.80, y que la nómina mensual del demandado era superior a $ 1.000.00. Y con la demostración del número de palas mecánicas y volquetes que tenía el demandado en la explotación de las "receberas", así como del número de trabajadores que prestaban sus servicios en ellos, podía comprobarse que el valor de la nómina de los salarios de dichos trabajadores, era superior a $ 1.000.00. De modo que incurrió en error de hecho el Tribunal al no dar por demostrado, con la confesión del demandado derivada de la renuencia a que se practicara la inspección ocular, que la nómina mensual de salarios que el demandado pagaba a sus trabajadores, era superior a $ 1.000.00. Sin embargo, la demostración de este error no tendría incidencia en la parte resolutiva del fallo acusado, primero, porque no se acreditó en el proceso otro de los requisios exigidos por el artículo 289 del C. S. del T. para que los patronos estén obligados al pago del seguro de vida, o sea que la empresa tenga carácter permanente, y segundo, porque la Sala, en caso de demostrarse el derecho de los demandantes al seguro de vida por la muerte de su esposo y padre, se vería inhibida para modificar la sentencia de primer grado, por cuanto éstos no apelaron, con lo cual indicó su conformidad con el fallo. En consecuencia no prospera el cargo.

Segundo cargo

Aplicación indebida de los artículos 224 y 225 del Código Sustantivo del Trabajo. La sentencia recurrida dice a folio 182: "Conforme a los artículos 224 y 225 del C. S. T. y en atención al capital que se ha dejado relacionado el patrono José Pinzón no está obligado al pago de suma alguna de dinero por razón de la muerte en accidente de trabajo. Para el presente juicio no era operante la aplicación de los artículos mencionados, pues sólo tienen incumbencia en casos de accidentes de trabajo sin que medie muerte, porque este último riesgo se regula no por capital ni patrimonio, sino exclusivamente por nómina de personal. Así lo explica claramente el artículo 224 del C. S. T., que se refiere a seguro de vida como prestación por muerte, diciendo que en lugar de aplicar las normas sobre accidentes de trabajo (Art. 204 ordinal e), el patrono está obligado al pago del seguro de vida colectivo, como prestación por muerte del trabajador, "el valor del seguro de vida, hasta un máximo de 36 meses de salario, sin exceder de $ 24.000.00". Otra norma que aclara y explica que en caso de muerte no se tiene en cuenta el capital sino la nómina de salario mensual, es el artículo 289 del C.S.T., cuando determina que toda empresa de más de mil pesos de nómina de salarios por mes tiene que cubrir el riesgo de muerte, "sea cualquiera la causa que la produzca", vale decir, aunque sea en accidente. Ello es obvio. Si se paga el seguro de vida por suicidio, por ejemplo, con mayor razón tiene que cubrirse por accidente de trabajo, en todos los casos con la única consideración de nómina mensual del personal y no, de ninguna manera, teniendo en cuenta el capital del patrono. Luego está demostrado que el fallo recurrido aplicó indebidamente los artículos 224 y 225 del C.S.T., que regulan exclusivamente pagos por accidente sin muerte, violando así la norma sustantiva contenida en el artículo 289 del mismo Código".

Se considera

El artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo establece las obligaciones de los patronos cuando el trabajador sufre un accidente de trabajo. Según el literal é) del artículo 2º, en caso de muerte del trabajador debe pagar a las personas que allí se determinan una suma equivalente a veinticuatro meses de salario. Los artículos 224,

225 y 226 del C.S. del T., gradúan las obligaciones de los patronos en relación con los accidentes de trabajo, según el capital de la empresa. El artículo 289 del mismo Código, señala las empresas obligadas al pago del seguro de vida colectivo de sus trabajadores; y el artículo 214 ibídem, se refiere a las obligaciones que deben cumplir las empresas contempladas en el artículo 289, cuando fallece el trabajador a consecuencia de un accidente de trabajo, evento en el cual se paga el valor doblado del seguro de vida, hasta un máximo de 36 meses, sin exceder de $ 24.000.00, quedando exento el patrono de toda otra prestación por incapacidad o muerte, por razón de accidente, enfermedad y seguro de vida. Las obligaciones del patrono en caso de accidente de trabajo se regulan por el capital de la empresa; y en caso de muerte no proveniente de accidente de trabajo, por la nómina mensual de salarios. Mas si un trabajador al servicio de un patrón obligado al pago del seguro de vida fallece como consecuencia de un accidente de trabajo, sus beneficiarios únicamente tienen derecho al valor del seguro de vida doblado, que se disminuye en un 50 por ciento si el capital del patrón no pasa de $ 125.000.00 (artículo 226 del C.S. del T.). De manera que no siempre que el trabajador fallece por un accidente de trabajo la obligación del patrono consiste en pagarle el seguro de vida doblado, pues a ésta prestación únicamente están obligadas las empresas determinadas en el artículo 289 del C. S. del T.

De lo anterior se concluye que para determinar los derechos de los beneficiarios o herederos de un trabajador fallecido a consecuencia de accidente de trabajo, es necesario indagar en primer lugar si el patrono está obligado al pago del seguro de vida. En caso afirmativo, debe pagar su valor doblado, salvo si su capital es inferior a $ 125.000,.00 pues en este caso cumple pagando el valor sencillo del seguro de vida. En uno u otro caso queda exento de toda otra prestación por incapacidad o muerte, por razón de accidente, enfermedad y seguro de vida. Si el patrono no está incluido dentro de las empresas a que se refiere el artículo 289 del C.S. del T., procede investigar si está obligado a indemnizar por muerte en caso de accidente de trabajo, obligación que es total para las empresas de capital superior a $ 125.000.00, caso en el cual la indemnización es igual a 24 meses de salario. Para las empresas de capital inferior a $ 125.000.00, pero superior a $ 50.000.00, la indemnización se reduce en un 50 por ciento (artículo 226). Y si el capital es inferior a $ 50.000.00 (artículos 224 y 225) o se trata de patronos con las modalidades a que se refiere el artículo 223 del C.S. del T., no hay obligación alguna para el patrono por muerte del trabajador en accidente de trabajo.

De modo que el Tribunal no aplicó indebidamente los artículos 224 y 225 del C.S. del T., pues investigó en primer lugar si el demandado estaba obligado al pago del seguro de vida. Como no encontró la prueba de la nómina de salarios, descartó la obligación patronal por este concepto. Luego indagó las obligaciones del demandado en caso de accidente de trabajo, y como halló probado que su capital era inferior a $ 50.000.00, llegó a la conclusión de que no estaba obligado, en razón del capital, a pagar indemnización por muerte en accidente de trabajo, pues tal obligación no la contemplan los artículos 224 y 225 del C.S. del T., que regulan las prestaciones, en caso de accidente de trabajo, de las empresas con capital inferior a $ 50.000.00. En consecuencia, no prospera el cargo.

Tercer cargo

Violación de los artículos 24 y 34 del Código Sustantivo del Trabajo, por manifiesto error de hecho y por interpretación errónea. Al desarrollar la acusación señala también como violados los artículos 214, 216 y 289 del Código Sustantivo del Trabajo. Divide el impugnador en tres partes su acusación. En la primera se refiere a la violación del artículo 24 del C.S.T. y del 34, 214, 216 y 289 del C.S.T. al haber incurrido en evidente error de hecho por haber apreciado mal algunas pruebas y no apreciado otras. Estas pruebas son: posiciones absueltas por José Pinzón (Fl. 2); confesión del representante de Socopán (Fl. 6); declaración de renta de José Pinzón que obra al folio 49; testimonios de Raquel García Díaz (Fl. 51); de Rafael Infante (Fl. 70)

y de Pablo E. Ballén (Fl. 75); documento expedido por la Clínica Central de Bogotá que obra al (Fl. 63). Según el recurrente: "Las anteriores pruebas que no fueron tenidas en cuenta por el fallador, demuestran de manera fehaciente que Escobar trabajaba para Socopán, aunque sólo cuando le ordenaba trabajo nocturno le pagaba directamente, y cuando no, el pago lo hacía por intermedio del testaferro señor Pinzón. Si la sentencia recurrida hubiera tenido en cuenta estas pruebas numerosas, no habría absuelto a Socopán, que era la entidad que no sólo daba órdenes a Pinzón, sino que era la beneficiaria del trabajo, la dueña o arrendataria de la explotación, la que "metía mechas" para aflojar la cantera, la que controlaba si había o no peligro, la que ordenaba en qué cantidad se debía beneficiar el material, la que impartía órdenes para trabajos nocturnos, y precisamente la que dio la orden descuidada, culposa o imprudente de trabajar la noche que se accidentó el señor Escobar. Con la anterior conducta, el Tribunal violó los artículos 24, 34, 214, 216 y 289 del C.S.T.". En la segunda parte se refiere a la violación del artículo 24 del C.S.T. a través de error de derecho consistente en que el Tribunal no le dio aplicación a la presunción legal en él contenida, a pesar de haberse demostrado que Gustavo Escobar prestó servicios personales a Socopán. En la tercera parte se refiere a la interpretación errónea del artículo 34 del C.S.T. Según el impugnador el fallador se equivocó al considerar que la prestación sólo se debe con relación a la cuantía del capital, patrimonio o nómina del intermediario y no respecto al capital, patrimonio o nómina del beneficiario, pues la solidaridad se constituyó precisamente para evitar los fraudes a la ley, consistentes en buscar intermediarios o contratistas reales o ficticios, con poco capital o ninguno, para evitar las prestaciones a que están obligados los patronos capitalistas.

Se considera

Estudió el Tribunal las relaciones de Escobar Vargas y Socopán y llegó a la conclusión de que ellas no configuraban que el primero hubiese sido trabajador de la segunda y por lo tanto no existió vínculo laboral entre las partes; luego se refiere a las relaciones entre José Pinzón y Socopán, y dice que "se concluye fácilmente que la beneficiaria de la obra realizada por José Pinzón fue la sociedad Socopán. Sin embargo, al sentar las conclusiones finales dijo lo siguiente: "Como la sentencia de primer grado absolvió a la Sociedad Constructora de Pavimentos América (Socopán) y el demandante no apeló no puede entrar el Tribunal a estudiar la responsabilidad que pudiera caberle a dicha sociedad frente a las peticiones del libelo. No sobra, sin embargo, aclarar que dicha sociedad sólo podía quedar obligada frente a los demandantes en virtud de la solidaridad del artículo 34 del C.S. del T. pero únicamente por las obligaciones que correspondieran a José Pinzón como verdadero patrono del trabajador fallecido y de la cual la sociedad ya mencionada vendría a ser codeudora solidaria".

Ahora bien: la prosperidad del cargo conduciría a que la Sala, en función de instancia, revocara la sentencia de primer grado que absolvió a Socopán de los cargos de la demanda y la condenara al pago de lo pedido por el demandante, ya sea por estar directamente obligada en virtud de una supuesta relación laboral con el trabajador fallecido, o solidariamente por ser la beneficiaria del trabajo realizado por el contratista independiente José Pinzón. Pero como el demandante se conformó con la absolución de la sentencia de primera instancia al no apelar de ella, cualquier decisión que tome esta Sala que hiciere más gravosa la situación del demandado absuelto, la llevaría a incurrir en la reformatio in pejus. Por lo tanto no es admisible el cargo.

A pesar de no haberse casado la sentencia recurrida, no se condena en costas al recurrente, por haberle permitido a la Sala rectificar la tesis del Tribunal en relación con el alcance que le dio al artículo 56 del C. P. L.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral,

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PAGO PRESTACIONES SOCIALES

1. Las empresas consideradas como tales, no son sujetos de derecho. Las obligaciones que originan sus actividades se radican en cabeza del propietario, poseedor o usuario a cualquier título, que forzosamente ha de ser una persona natural o jurídica. De tal manera que si se demanda únicamente a la empresa, sin consideración a la persona natural o jurídica que es su propietaria, poseedora o tenedora, falta un presupuesto procesal para que el juicio pueda seguir su curso.

2. Acción de nulidad del pago por liquidación parcial de auxilio de cesantía. Como es bien sabido, la mayoría de las disposiciones de carácter laboral son de orden público, razón por la cual a las partes les está vedado apartarse de su rígida observancia. Entre ellas ciertamente está, la que prohibe a los patronos el pago parcial de la cesantía sin que se cumplan los fines que para tal efecto prevé taxativamente la Ley.

Violación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, por no haberse demostrado que la acción de nulidad, que no se intentó, estaba prescrita, quedando saneado en esta forma el pago realizado contra las prevenciones de la Ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. —Bogotá, D. E., noviembre veintiséis de mil novecientos sesenta y cinco.

(Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral).

Luis Carlos Mendoza Vargas, por medio de apoderado promovió demanda laboral contra la **Empresa Periodística "El Tiempo"**, de propiedad del doctor Eduardo Santos, representada por el señor Luis Castro Montejo, Gerente de la Empresa, a quien designa como representante del demandado, para que se la condene a pagarle: "1º Por concepto de auxilios de cesantía en 17 años y medio de labores continuas, la suma de **quince mil quinientos pesos $ 15.500.00)**, o la que quedare acreditada en juicio, $ 15.500.00.

2º Por concepto del 35 por ciento de recargo del salario por el solo hecho de ser trabajo nocturno, desde la vigencia de la Ley 6ª de 1945 hasta la terminación del contrato, la suma de **quince mil sesenta y seis pesos con noventa y dos centavos**, o la que se acreditare en juicio, $ 15.066.92.

3º Por concepto de la hora extra nocturna trabajada todos los días entre las 2 y 3¼ de la madrugada, la suma de **veintidós mil setecientos sesenta y dos pesos con diez y seis centavos**, o la que se acreditare en juicio $ 22.762.16.

4º Por concepto de indemnización por enfermedad que causó incapacidad definitiva, lo correspondiente a dos años, la suma de **veinte mil setecientos veinticinco pesos con veinte centavos**, o la que se acreditare en juicio, $ 20.725.20.

5º Por concepto de primas legales, la suma de **cuatro mil pesos**, o la que se acreditare en juicio, $ 4.000.00.

6º Por concepto de vacaciones la suma de **dos mil pesos**, o la que se acreditare en juicio, $ 2.000.00. Total, $ 80.054.28.

Y 7º El valor de los salarios que corren a favor de mi mandante desde su retiro de la Empresa hasta cuando se pague el valor de la presente acción".

Según los hechos de la demanda, Luis Carlos Mendoza ingresó a la Empresa "El Tiempo" en el mes de septiembre de 1935 y se retiró el 16 de abril de 1953; su jornada comenzaba a las seis de la tarde y terminaba a las 3¼ o 3½ de la mañana, la cual realizó durante los 17 años y medio de trabajo, sin interrupción alguna: su retiro obedeció a que sufría una grave enferme-

dad visual contraída al servicio de la Empresa; su último salario fue de $ 525.00 mensuales; el capital de "El Tiempo" es mayor a los $ 4.000.000.00.; el 31 de marzo de 1949 se le abonó al auxilio de cesantía la suma de $ 5.535.00, sin autorización legal; la Empresa le adeuda el valor del auxilio de cesantía, el trabajo complementario nocturno, las primas de servicio y la indemnización por la incapacidad proveniente de la enfermedad profesional adquirida al servicio de la Empresa; el recargo del 35 por ciento sobre el valor del trabajo ordinario a partir de la vigencia de la Ley 6ª de 1945, lo mismo que las vacaciones en más de ocho años, salarios y prestaciones que no se le han pagado, a pesar de haberlas solicitado directamente o por intermedio del sindicato de trabajadores de la Empresa.

Al contestar la demanda, el apoderado del señor Luis Castro Montejo, administrador encargado de la empresa periodística "El Tiempo", de propiedad del doctor Eduardo Santos, aceptó unos hechos y negó otros. Se opuso a las peticiones de la demanda y propuso como perentorias las excepciones de inexistencia de la obligación, solución o pago, compensación, prescripción, ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandada y falta de citación o emplazamiento del único propietario de la empresa demandada y como dilatorias la de inepta demanda y la de ilegitimidad de la personería de la parte demandada. También propuso demanda de reconvención, de la cual desistió posteriormente, así como de las excepciones dilatorias de inepta demanda y de ilegitimidad de la personería de la parte demandada, y de las perentorias de ilegitimidad sustantiva de la personería del demandado y falta de citación y emplazamiento del único propietario de la Empresa "El Tiempo".

En la primera audiencia de trámite el demandante corrigió la demanda, designando como demandado "al doctor Eduardo Santos Montejo, único propietario de la Empresa periodística y comercial "El Tiempo". El a-quo no admitió la corrección de la demanda, por considerar que en ella se proponía un nuevo demandado, lo cual implicaba un cambio total de acción. Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez Segundo del Trabajo de Bogotá, quien conoció del juicio, absolvió a la empresa periodística "El Tiempo" de Bogotá, de propiedad del doctor Eduardo Santos, de todos y cada uno de los cargos formulados por Luis Carlos Mendoza Vargas en su libelo de demanda y condenó en costas a la parte demandante. Apeló la parte vencida. Al resolver la apelación el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, profirió el siguiente fallo: "Primero. Revócase el fallo proferido por el Juez Segundo del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá y, en su lugar condénase al doctor Eduardo Santos, representado por el señor Luis Carlos Montejo, a pagar al señor Luis Carlos Mendoza Vargas las siguientes cantidades de dinero: a) Tres mil seiscientos cuarenta y dos pesos con cincuenta centavos ($ 3.642.50), por reajuste de auxilio de cesantía; b) Ciento cuarenta y siete pesos con quince centavos ($ 147.15) por la prima de servicios causada en 1953; c) Ciento setenta y cinco pesos ($ 175.00), por indemnización por mora. Segundo: De las cantidades anteriores dedúzcanse dos mil ciento diez y seis pesos con cuatro centavos ($ 2.116.04) que fueron retirados por el demandante según consta en la diligencia de consignación. Tercero. Declárase probada o fundada la excepción de prescripción extintiva de la acción, oportunamente propuesta por la parte demandada, para la nulidad del pago parcial del auxilio de cesantía suplicada por la parte actora. Cuarto. Absuélvese al doctor Eduardo Santos de todas las demás peticiones contenidas en el libelo de demanda. Quinto. Sin costas en ninguna de las instancias". Salvó su voto al Magistrado doctor Alvaro Díaz Granados.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación. Concedido por el Tribunal y admitido por esta Corporación, los recurrentes formularon las respectivas demandas, así como los correspondientes escritos de oposición. Surtido el trámite legal se decidirá el doble recurso.

Por razones de método se estudiará primero el recurso de la parte demandada. Aspira el recurrente a que la sentencia sea casada totalmente y a que la Sala Laboral, como fallador de instancia, confirme la de primer grado y condene al actor en las cos-

tas de la segunda instancia y de la casación.

Primer cargo

Se transcribirá textualmente, para seguir mejor la argumentación del recurrente. Dice así: "Con fundamento en la causal primera de casación laboral (a. 87 del C. P. L.), acuso la sentencia de violar, por falta de aplicación, el artículo 26 de la Constitución Nacional y los artículos 227 y 230 del C. J. y 36 del C. de P. L., y consecuencialmente, por aplicación indebida, los artículos 65, 193, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo. A esta infracción llegó el sentenciador por haber incurrido en manifiestos errores de hecho, a causa de haber apreciado erróneamente unas pruebas y haber dejado de apreciar otras, que singularizó así: a) **Pruebas mal apreciadas:** La demanda inicial, su constancia de notificación, la contestación a la misma, la constancia suscrita por el actor Fl. 160), las posiciones absueltas por éste (Fls. 163 a 171), las copias sobre consignación judicial de Fls. 188 a 195, las declaraciones de Carlos G. Jiménez, Emiliano Varela, Acisclo Espinosa, Camilo Satizábal, Miguel A. Pachón, Luis Jaime Castillo, Aldo Cuervo Santamaría, Jorge Rodríguez y Jesús M. Lozano, los poderes de Fls. 1, 53, 57 y 88, la copia escriturariа del poder general de Fl. 293, la certificación de Fl. 297, y el escrito de Fls. 77 a 87. b) **Pruebas no apreciadas.** La renuncia de Fl. 37, los memoriales de Fls. 20, 23, 24A, 27, 29, 34, 131, 134 y 215 suscritos por el actor, las cartas de Fls. 2 y 5 a 11, el auto admisorio de la demanda (Fl. 50), las actas de Fls. 71 a 76 y 96 a 97, y el certificado de Fl. 291. **Los errores de hecho:** 1º Dar por demostrado, sin estarlo, que el doctor Eduardo Santos fue demandado por el actor; fue notificado de esa demanda; confirió poder al señor Luis Castro Montejo para el respectivo juicio y ha sido parte en éste. 2º Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor estuvo subordinado al doctor Eduardo Santos y le prestó servicios personales; que el doctor Santos le remuneró con $ 525.00 mensuales; que el doctor Santos le hizo algún anticipo de cesantía en 1949 y le hizo alguna consignación judicial en abril de 1953. 3º No dar por demostrado, estándolo, que la parte demandada en el presente juicio fue la empresa periodística "El Tiempo", y que el señor Luis Castro Montejo solamente ha actuado como representante de esa empresa y no como apoderado general o especial del doctor Eduardo Santos. **Demostración del cargo.** Es evidente que el ad-quem incurrió en un error de hecho sustancial, porque seguramente al buscar la demanda original dentro del voluminoso expediente, tropezó con el escrito de Fls. 77 a 87 y con el poder de Fl. 88, que sí están encaminados contra el doctor Eduardo Santos. Vio además el poder general que el ilustre ex-presidente de la República confirió a don Luis Castro Montejo, al Fl. 293, y la certificación de Fl. 297, y cayó así en la equivocación frecuente de confundir al doctor Eduardo Santos con "El Tiempo". Pero ni los aludidos poderes han sido utilizados en el presente juicio (pues la demanda se instauró con base en el que obra al Fl. 1º y la contestación se respaldó en el que se ve a Fl. 53, sobre los cuales pasó el sentenciador a la ligera), ni el escrito de Fls. 77 a 87 constituye cosa distinta de un "proyecto de demanda" que no fue admitido (véase el acta de Fls. 71 a 76 y obsérvese el desistimiento del actor a los recursos que había interpuesto contra el auto que negó la admisión de aquel proyecto, a Fls. 96 y 97.

De ese error inicial vinieron todos los demás. Convencido el sentenciador que el doctor Eduardo Santos era la parte demandada, de que se le había notificado la demanda y de que estaba debidamente representado por su apoderado Castro Montejo, le fue fácil entender que donde las cartas y constancias del actor, los memoriales del mismo, las diligencias de consignación judicial y los testigos hablan de "El Tiempo", se estaban refiriendo al doctor Eduardo Santos. Pero el equívoco, que en la vida corriente podría no tener exagerada importancia, ya que el doctor Santos, de su propio peculio, siempre respondió por "El Tiempo", en el campo del litigio judicial es imperdonable y fatal. Porque demandado "El Tiempo", como sujeto de derecho y obligaciones, con personalidad propia y representante peculiar, no puede resultar condenado ni absuelto un extraño al proceso, un "tercero"

en el juicio, como lo sería el doctor Eduardo Santos. Ni a la inversa. Los errores de hecho singularizados en el "cargo", saltan a la vista, son de una evidencia deslumbradora, no pueden ser disimulados. No se diga, por ejemplo, que no hubo tales errores sino que el sentenciador, usando su potestad de interpretar la demanda y viendo que en ésta se demandaba a una "empresa" de la cual se afirmaba ser propiedad exclusiva del doctor Eduardo Santos, entendió que el actor pretendió demandar al propietario de la empresa, y no a la empresa misma.

Porque el sentenciador en ninguna parte del fallo examina ese aspecto, sino que inicia su motivación así: "Luis Carlos Mendoza Vargas, por intermedio de apoderado legalmente constituido, formuló demanda ordinaria laboral contra el doctor Eduardo Santos, en su calidad de propietario de la empresa periodística "El Tiempo", y representado por el señor Luis Castro Montejo. Lo cual no es cierto. Ni Mendoza demandó al doctor Santos, ni señaló como representante suyo a don Luis Castro Montejo. Demandó a "El Tiempo", representado ("El Tiempo", no el doctor Santos) por su gerente (gerente de "El Tiempo", no del doctor Santos), señor Luis Castro Montejo. Por eso fue que este último, notificado de la demanda en la única calidad señalada en el libelo, no me sustituyó ningún poder del doctor Santos, sino que me confirió el de Fl. 53 para representar a "El Tiempo", no al doctor Santos. Y si aquél hubiera sido el entendimiento del ad-quem, habría advertido de inmediato que el doctor Eduardo Santos no había sido notificado de la demanda, ni había intervenido en el juicio, ni podía ser condenado ni absuelto, porque ello entrañaría una nulidad constitucional. Por lo demás, quien demanda a una "empresa" demanda a una persona, porque sólo éstas tienen capacidad para ser parte en los juicios, conforme rezan los artículos 227 y 230 del C. J. Y según el artículo 36 del C. de P.L., la personalidad jurídica del demandado se presume, sin necesidad de que se allegue la prueba de su existencia, a menos que se controvierta. En el presente caso, el actor al demandar a "El Tiempo", afirmó su capacidad para ser parte, es decir, su personalidad jurídica, y designó a don Luis Castro Montejo como su representante legal, no como apoderado de nadie sino como "Gerente" de la empresa. "El Tiempo", al contestar la demanda, no controvertió aquellos acertos (pues las excepciones propuestas fueron desistidas desde la primera audiencia (Fls. 71 a 76). Y el Juez, como era lo legal, decidió "sin consideración a la falta de esa prueba". El dilema es entonces inexorable: O Mendoza demandó a quien no tenía capacidad para ser parte ("El Tiempo"), o demandó al doctor Eduardo Santos. Si lo primero, el juicio es nulo por ausencia de un presupuesto procesal, el de la "capacidad para ser parte"; si lo segundo, es igualmente nulo, de nulidad constitucional, por falta de notificación de la demanda al demandado, y consecuencialmente por falta de otro presupuesto procesal, el de la capacidad procesal de quienes actuamos. Para que el proceso no sea nulo, irremediablemente nulo, basta entender lo que dicen los autos, sin buscarle complicaciones: Que se demandó a una empresa, cuya personalidad se presume mientras no se controvierta, y que es esa empresa, y no un tercero, quien puede ser condenado o absuelto. Infracción de medio. Entre las pruebas erróneamente apreciadas mencioné el poder general de Fl. 293 y la certificación de Fl. 297. Esas pruebas no fueron anunciadas en la demanda ni decretadas de oficio por el Juez. Su estimación por el sentenciador (en el evento de que, para eludir la anulación del proceso, se sostuviera que la notificación hecha a don Luis Castro Montejo como "gerente de "El Tiempo" vinculó al doctor Eduardo Santos, de quien era apoderado general) infringiría los artículos 25, 51, 52, 54, 60, 61 y 79 del C. P. L. y 597 del C. J., violación de medio que también invoco, y que pido se tenga como incorporada en la primera parte de este "cargo" que sustento. Según las normas procesales del trabajo, que acabo de señalar, la singularización de las pruebas debe hacerse en la demanda o en su contestación. "Sólo las que hayan satisfecho tal exigencia podrán ser decretadas por el Juez, si las estima conducentes y necesarias".... "pues de ello depende la valoración de la prueba", dijo el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo (casación de 10 de junio de 1955, ponente,

M. Benavides Patrón). Si así no se hizo, y si el Juez no decretó oficiosamente la prueba, no podrá legalmente "formar parte del proceso" (a. 597 del C. J.). Infracción que conduciría a este otro error de hecho: Dar por demostrado, sin estarlo, que el señor Luis Castro Montejo era apoderado general del doctor Eduardo Santos cuando fue notificado de la demanda instaurada por el señor Luis Carlos Mendoza Vargas, y que actuó en esa condición. Con lo cual se llegó a la aplicación indebida de los artículos 65, 193, 249, 253 y 306 del C.S.T., a que el "cargo" se refiere. La incidencia. Las infracciones de medio mencionadas, y los errores de hecho invocados, condujeron al sentenciador a aplicar las disposiciones sustantivas que obligan al patrono a pagar la cesantía (artículo 193, 249 y 253 del C.S.T.) y la prima de servicios (a. 306 ibídem) o a indemnizar la mora en el pago de las prestaciones (a. 65 del mismo estatuto), contra el doctor Eduardo Santos. Lo cual incide en la parte resolutiva de la sentencia no sólo porque mediante tal aplicación indebida se lesiona a un tercero, sino porque deja de definir la situación de mi mandante, que lo es la empresa periodística "El Tiempo", en vez de absolverla".

Se considera

Tal como lo plantea el impugnador, es necesario dilucidar dos cuestiones esenciales: Primera. Si se señaló como demandado a la empresa periodística "El Tiempo" o al doctor Eduardo Santos. Segunda. En el caso de la última hipótesis, si el doctor Eduardo Santos estuvo o no representado en el juicio.

Como bien lo dice el recurrente, el Tribunal no hizo ninguna clase de consideraciones sobre quién era el demandado y su representación. Se limitó a hacer la afirmación de que el demandante formuló demanda ordinaria laboral contra el doctor Eduardo Santos en su calidad de propietario de la empresa periodística "El Tiempo", y representado por el señor Luis Castro Montejo. Considera el impugnador que estas premisas que sienta el ad-quem, no constituyen una interpretación de la demanda. No comparte la Sala esta opinión, pues el fallador, al señalar quiénes son las partes en el juicio, lo hace con base en la demanda y en su contestación, porque son estos instrumentos los que fijan los extremos de la relación procesal. El mismo impugnador al señalar como mal apreciadas por el Tribunal la demanda y su contestación, está señalando que ellas fueron mal interpretadas.

Expresó el demandante que promueve demanda laboral "contra la empresa periodística "El Tiempo", de propiedad del doctor Eduardo Santos, ausente desde hace algún tiempo del país, representada por el señor Luis Castro Montejo, actual Gerente de la Empresa, mayor y vecino de Bogotá, a quien designó como representante del demandado. Manifestó el personero judicial de la parte demandada; que obrando como apoderado del señor Luis Castro Montejo, en su carácter de administrador-encargado de la empresa periodística "El Tiempo" de esta ciudad, de propiedad del doctor Eduardo Santos, ausente del país, procede a contestar la demanda instaurada contra dicha empresa por el señor Luis Carlos Mendoza. Es decir, que la demanda se promueve contra la empresa periodística "El Tiempo", de quien afirma el demandante que es propiedad del doctor Eduardo Santos, hecho aceptado por el apoderado del señor Luis Castro Montejo, a quien se señaló como Gerente de la Empresa. Ahora bien: es indudable que las empresas, consideradas como tales, no son sujetos de derecho. Las obligaciones que originan sus actividades se radican en cabeza del propietario, poseedor o usuario a cualquier título, que forzosamente ha de ser una persona natural o jurídica. De tal manera que si se demanda únicamente a la empresa, sin consideración a la persona natural o jurídica que es su propietario, poseedora o tenedora, falta un presupuesto procesal para que el juicio pueda seguir su curso. Mas si en la demanda se indica quién es el propietario de la empresa, se está señalando a la persona obligada, y es con ella con quien debe trabarse la relación procesal, pues sería contrario a toda lógica que estando enterado el Juez de que la empresa por sí sola no tiene capacidad para ser parte, porque se está afirmando que tiene un dueño, no considere a éste como el verdadero sujeto de las obligaciones. Así es que

al estimar el Tribunal que la persona demandada en este juicio lo era el doctor Eduardo Santos, no incurrió en error de hecho, pues siendo propietario de la empresa periodística, era él y no otra persona, quien contrajo las obligaciones, y debía, por lo tanto, comparecer en juicio para responder por ellas.

Cuanto a la notificación al doctor Eduardo Santos y su comparecencia en el juicio, es de observar que la demanda fue notificada al señor Luis Castro Montejo, quien era su apoderado para representarlo ante cualquiera corporaciones, funcionarios o empleados del orden judicial, del administrativo, de policía y en cualesquiera juicio, actuaciones, diligencias o gestiones en que tenga que intervenir ya sea como demandante o como demandado, o como coadyuvante de alguna de las partes, según poder conferido por escritura pública Nº 2709 de diez y ocho de agosto de 1944, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá, (Folios 293 y 294), poder que se encontraba en vigencia cuando Castro Montejo fue notificado de la demanda, tal como se desprende del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, que obra a folio 297. En esta misma escritura se faculta a Castro Montejo "para que asuma la personería del otorgante en todos los negocios que le interesen, sean judiciales y extrajudiciales siempre que lo estime conveniente, de manera que en ningún caso quede sin representación".

De tal manera que si se indicó al doctor Eduardo Santos como propietario de "El Tiempo", y al señor Castro Montejo como representante del demandado, si éste tenía poder del doctor Eduardo Santos, compareció como su apoderado. Que al contestar la demanda no hubiese manifestado Castro Montejo que obraba expresamente a nombre del doctor Eduardo Santos, sino como administrador encargado de "El Tiempo", no quiere decir que no hubiese asumido la representación del primero, que tenía cuando fue notificado de la demanda, pues al actuar en defensa de dicha empresa estaba defendiendo los intereses de su propietario, que era el verdadero patrono.

Por otra parte, contrario a lo afirmado por el demandado recurrente, la copia de la escritura por la cual se otorgó el poder y la certificación de su vigencia, son documentos que fueron aducidos al proceso en forma legal, pues su recepción como prueba fue decretada oficiosamente por el Juez del conocimiento, según consta en providencia de 21 de febrero de 1955, escrita a folio 389.

Por último, en lo referente a la subordinación del demandante respecto del doctor Eduardo Santos, habiendo prestado el primero sus servicios vinculado por un contrato de trabajo en la empresa de propiedad del segundo, sobre lo cual no hay discusión, es éste el verdadero patrono, a quien estaba subordinado Mendoza a través de la organización empresarial.

De todo lo anterior se concluye que no incurrió el Tribunal en error de hecho evidente al dar por demostrado que el doctor Eduardo Santos fue parte en el litigio; que estuvo bien representado en el juicio, y que era el patrono del demandante, y como tal sujeto de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo. En consecuencia no prospera el cargo.

Segundo cargo

"Acuso la sentencia de violar, por falta de aplicación el Art. 210 del C. J., y por aplicación indebida del 2º del Decreto 243 de 1951, como consecuencia de una errada apreciación de la demanda inicial que lo condujo al evidente error de hecho de no dar por demostrado, estándolo, que el actor se excedió temerariamente en sus peticiones originales. La cuantía de la demanda inicial es mayor de $ 100.000.00 porque se dirigía principalmente a obtener un inmenso reconocimiento por recargos nocturnos y de extras en diecisiete años y unas indemnizaciones y tratamientos por supuestas enfermedades profesionales. Para esos casos, la norma del Art. 210 del C. J. es imperativa, y la del Decreto 243 de 1951 marca reglas precisas, que ya no queda al arbitrio de los jueces aplicar u omitir. De ahí que la antigua jurisprudencia, que eliminaba del recurso de casación lo referente a costas judiciales, haya dejado de tener bases positivas en la legislación".

Se considera

Como lo dijo el Tribunal Supremo del Trabajo, "No hay lugar al recurso de casación

por lo referente a las costas del juicio. La razón de ser de la casación en materia laboral es la de unificar la jurisprudencia por lo que es preciso que se trate de violación de disposiciones sustantivas del derecho social para que sea procedente su examen (Sentencia de 30 de enero de 1951, 11 de junio de 1952, 16 de diciembre de 1955). La Sala reitera la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues aun cuando el Decreto 243 de 1951 modificó el criterio para la condena en costas, éstas siguen siendo accesorias en los juicios laborales, sin conexión alguna con las normas sustantivas del trabajo. No prospera el cargo.

Demanda de casación del trabajador recurrente

Aspira a que se case la sentencia recurrida en sus puntos Primero, Tercero y Cuarto y proceda la H. Corte, en función de instancia, a revocar el numeral primero del fallo de primer grado, para en su lugar, condenar al demandado a pagar al demandante las siguientes sumas de dinero: $ 9.187.50 por concepto de cesantía y $ 525.00 por cada mes que transcurra o haya transcurrido entre el 11 de abril de 1953 y la fecha en que se paguen las sumas demandadas. Formula cuatro cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

Acusa la sentencia recurrida de ser violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 749, 756, 1757 y 1857 del Código Civil, y por aplicación indebida de los artículos 13 de la Ley 6ª de 1945, 2º y 3º del Decreto 530 de 1947 y 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, a consecuencia de los errores de hecho y de derecho, manifiestos en los autos, en que incurrió por la errónea apreciación de las pruebas. Igualmente por aplicación indebida, violó el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo y el 151 del Código de Procedimiento Laboral. A la violación de las citadas normas llegó el sentenciador, según el recurrente, por haber incurrido en dos errores de hecho y uno de derecho. Los errores de hecho los hace consistir: Primero. Dar por demostrado que se incoó una acción declaratoria de nulidad cuando lo evidente y plenamente probado es que únicamente, se instauró una acción de condena por cesantía. Segundo. Haber dado por demostrado que el demandado propuso la excepción de prescripción frente a la declaración de nulidad, que tampoco se impetró, cuando lo que aparece plenamente demostrado en el expediente es que las excepciones propuestas se refieren a la obligación demandada, según los mismos términos de la respuesta de la demanda y no a una acción declaratoria de nulidad a la que ni se refiere la demanda ni la menciona la respuesta.

Las pruebas mal apreciadas son la demanda, en su parte petitoria y el hecho 10 y la contestación de la misma. En el error de derecho incurrió el Tribunal, según el impugnador, por haber admitido como prueba del requisito de la propiedad exigido por el artículo 3º ordinal 3º del Decreto 530 de 1947, para solicitar la liquidación parcial del auxilio de cesantía, un medio probatorio distinto al señalado por dicha norma.

Se considera

Para llegar a la conclusión de que el demandante había interpuesto la acción de nulidad del pago que por liquidación parcial de cesantía le hizo el demandado, dijo el Tribunal: "Al demandar el autor la cantidad de $ 15.500.00 por concepto del auxilio de cesantía causado en "diecisiete años y medio de labores continuas" (petición 1ª del libelo) es obvio que se remite a la nulidad del pago que por cesantía parcial recibió el 31 de marzo de 1949, según lo afirma en el hecho 10 de la demanda. Si en el petitum" no se impetrara tácitamente la nulidad del pago parcial, para el intérprete sería lógicamente imposible coordinar el hecho 10 con la exigencia de condenar al patrono a pagar la cesantía correspondiente a todo el tiempo en que estuvo vigente el vínculo laboral. Y ello es así, porque la violación del parágrafo 3º, Art. 13 de la Ley 6ª de 1945 y su concordante, artículo 5º del Decreto 530 de 1947, trae como consecuencia la nulidad del pago. Mas la norma no se limita a declarar la nulidad del acto y, conforme lo prevé el artículo 1746 del C. C., a otorgar "a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo', sino que, al igual

de lo que ocurre en Derecho Civil cuando la nulidad del acto o contrato proviene de un objeto o causa ilícitos (Art. 1525 C. C.), prohibe al patrono repetir del trabajador la suma que por ese concepto haya pagado. El pago parcial del auxilio de cesantía que en contravención a las normas legales haga el patrono constituye un objeto ilícito, no solamente por los efectos que de la nulidad se derivan, sino por la misma naturaleza del derecho que el legislador ha querido amparar. Como es bien sabido, la mayoría de las disposiciones de carácter laboral son de orden público, razón por la cual a las partes les está vedado apartarse de su rígida observancia. Entre ellas, ciertamente está la que prohibe a los patronos el pago parcial de la cesantía sin que se cumplan los fines que para tal efecto prevé taxativamente la ley. Ello, en virtud de que la autorización para parcelar la cesantía configura una excepción al principio general de que tal derecho es exigible únicamente a la terminación del contrato de trabajo. Así pues, el pago que se hace con menoscabo del mandato prohibitivo contenido en la Ley 6ª de 1945 en su derecho reglamentario constituye objeto ilícito por ser el acto moralmente imposible según la definición del artículo 1518 del Código Civil".

No comparte la Sala las consideraciones del ad-quem. El demandante pidió se condenara al demandado a pagarle "por concepto de auxilio de cesantía en 17 años y ½ de labores continuas, la suma de quince mil quinientos pesos o lo que quedare acreditado en el juicio". En el hecho 10 de la demanda manifestó: "El 31 de marzo de 1949 la Empresa le abonó al auxilio de cesantía la suma de $ 5.535.00, abono que no surtió efecto por haberse verificado sin autorización legal". A juicio de esta Sala no hay imposibilidad alguna para coordinar el hecho 10 de la demanda con la parte petitoria. Se pide en ésta una prestación social, el auxilio de cesantía, cuya exigibilidad surge cuando termina el contrato de trabajo. Obviamente el trabajador que ha quedado cesante, pide la totalidad del auxilio que le corresponde. Si durante la vigencia del contrato se le han hecho liquidaciones parciales o anticipos, en forma legal, dichas sumas deben descontarse del monto total que le corresponde. Si han sido hechos ilegalmente, no producen efectos liberatorios de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 6ª de 1945, vigente cuando se hizo el pago parcial. Pero si en la demanda el trabajador confiesa que ha recibido determinada suma por concepto de liquidación parcial, pago realizado contra la ley, simplemente está afirmando que no debe tenerse en cuenta dicho pago y que el auxilio de cesantía debe cancelársele en su totalidad. La confesión de haber recibido una suma, que a su juicio tuvo un objeto ilícito, no significa que esté planteando la acción de nulidad como principal y la del pago de cesantía como accesoria. Sencillamente, al obrar así, confiesa un hecho, el del pago, y lo somete a la calificación del Juez, quien decidirá si la suma recibida se descuenta del reconocimiento total, o se hace abstracción de ella en la liquidación definitiva, por haber sido entregada al trabajador contra expresa prohibición de la ley. El trabajador ha podido omitir en su demanda la confesión del pago recibido. Correspondía entonces al demandado probar no sólo que entregó determinada suma por concepto de liquidación parcial de cesantía, sino que lo hizo de acuerdo con la ley, proponiendo así la excepción de pago parcial, y aún en el caso de que las partes guardaren silencio sobre la validez del pago, el Juez, en caso de encontrar demostrado que al trabajador le fue liquidada parcialmente la cesantía, está obligado a estudiar oficiosamente si la liquidación se hizo legalmente, obligación que subsiste aún en el caso de que el trabajador haya manifestado, su conformidad con el pago. No es necesario, por lo tanto, que se intente la acción para que se declare nulo el pago, pues el patrono carece de ella por no poder repetir lo pagado, y el trabajador no tiene interés jurídico en que las cosas vuelvan a su estado anterior, por haberse establecido la protección en su favor, a la cual no puede renunciar.

De modo que el Tribunal interpretó incorrectamente la demanda al afirmar que tácitamente el trabajador intentó la acción de nulidad del pago parcial de cesantía, por cuanto esa no fue la intención del demandante, ni se desprende lógicamente del hecho 10 y de la parte petitoria. La interpre-

tación racional, por el contrario, es la de que se propuso únicamente la acción para el pago íntegro del auxilio de cesantía, sin que se tomaran en cuenta las sumas recibidas por liquidación parcial ilegal, que pierde el patrono, al tenor de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 6ª de 1945. Demostrado por el recurrente este error de hecho, se comprueba el otro en que incurrió el Tribunal, consistente en que el demandado propuso la excepción de prescripción de la acción de nulidad del pago, pues no habiéndose intentado ésta, mal podía formularse la segunda. Violó el Tribunal, en consecuencia, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, por haber dado por demostrado que la acción de nulidad, que no se intentó, estaba prescrita, quedando saneado en esta forma el pago realizado contra las prevenciones de la ley. Prospera el cargo.

Cargos segundo y tercero

No se estudian estos cargos, por perseguir los mismos fines del primero, que ha prosperado.

Cuarto cargo

"Acuso la sentencia proferida por el H. Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá el ocho de mayo de 1956 en el juicio ordinario de trabajo adelantado por Luis Carlos Mendoza contra Eduardo Santos ("El Tiempo"), de ser violatoria por infracción directa, de los Arts. 9º y 768 del Código Civil y por aplicación indebida del Art. 65 del C. S. del T., esta última violación a consecuencia del error de hecho en que incurrió al apreciar el haz probatorio, el cual aparece de bulto en los autos. Al decidir la petición por "salarios caídos", la sentencia dice: "No puede aseverarse, como lo hace el recurrente, que la consignación, a más de haberse hecho en una cuantía ridícula, sea insuficiente para detener la sanción por no contemplar justamente las normas que rige la liquidación de la cesantía. Las simples consideraciones que en lo pertinente ha tenido oportunidad de exponer esta Corporación, sirven también para calificar benignamente la conducta de la parte demandada en lo que hace al elemento buena fe y, por ende, exonerarla de la sanción por salarios caídos a partir de la fecha en que efectuó la consignación judicial". El recurrente lo que dijo en su oportunidad y a lo que se refiere el fallo, fue que por haber incurrido el demandado en error en materia de derecho o en ignorancia de la ley al liquidar las prestaciones sociales del demandante para efectos de la consignación, la buena fe no podía darse por demostrada ni era posible exonerarla del pago de los salarios caídos. Las consideraciones a que la misma sentencia se refiere son: Primera. "Pues bien, como se desprende del memorial de consignación, la demanda liquidó el auxilio de cesantía a la terminación del contrato como si el pago parcial efectuado el 31 de marzo de 1949 tuviera un carácter exhaustivo. Por tanto, infringió lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 6ª de 1945, de cuyo texto no se desprende en forma alguna que los pagos parciales no sean simples anticipos de la liquidación final de dicha prestación". Segunda. "Se aparta esta Corporación de la sentencia recurrida en cuanto absuelve también a la demandada de la petición de primas de servicios. Si bien es cierto que para gozar de esta prestación se requiere haber "servido" por lo menos la mitad del semestre respectivo, según expresión textual del Código, ello no significa que el trabajador tenga que haber ejercido su actividad personal a través de todo el tiempo indicado. Basta que el vínculo contractual esté vigente para que la empresa quede obligada a pagar dicha prestación sin que para ello sea obstáculo el que, como en el caso de autos, el trabajador estuviera disfrutando vacaciones desde el 22 de marzo". En síntesis, el fallo impugnado da por demostrada la buena fe de la empresa demandada, por considerar que la consignación por suma inferior a la verdaderamente debida tuvo como causa la ignorancia de la ley o un justo error en materia de derecho. Por lo mismo, al dar por sentado el fallador que es compatible la buena fe con la ignorancia de la ley, o sea, que la ignorancia de la ley sirve de excusa en el cumplimiento de las obligaciones, violó, en forma directa, el artículo 9º del Código Civil que dice pre-

cisamente lo contrario: "La ignorancia de la ley no sirve de excusa'. Y al dar por sentado la misma providencia impugnada que la buena fe es compatible con un error en materia de derecho como el que considera que cometió la empresa demandada al tomar por exhaustivo el pago parcial de la cesantía y al considerar que las vacaciones suspenden el término necesario para devengar la prima de servicios, violó, igualmente, por infracción directa, el Art. 768 del Código Civil que expresamente dice lo contrario: "pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario". En tal forma y por la infracción directa de las dos disposiciones comentadas, dio por demostrado un hecho discutido como es el de la buena fe de la demandada, con base en las consideraciones jurídicas glosadas al principio, cuando manifiestamente lo que está demostrado hasta la saciedad es la mala fe de la parte demandada a tenor del Art. 768 del C. C. que crea una presunción de derecho, es decir, de aquéllas que no admiten prueba en contrario, de que por haber incurrido en error en materia de derecho en la liquidación y consignación judicial comentadas, la parte demandada se hizo reo de "mala fe" sin que le fuera dable al juzgador permitirle que tratara de demostrar lo contrario. Por no haber apreciado correctamente la presunción de derecho organizada por el Art. 768 del C. C., el sentenciador incurrió en el error de hecho, evidente y manifiesto en los autos, de haber dado por demostrada la buena fe por parte de la empresa demandada cuando lo que está plenamente comprobado es la mala fe del demandado. Y por tanto, violó, igualmente, el Art. 65 del C. S. del T., que obliga al patrono al pago del último salario devengado por el trabajador desde el momento del retiro hasta el pago de las prestaciones sociales debidas, por haberlo aplicado sobre la base falsa de que la mora en el pago se debía o reconocía por causa la buena fe patronal cuando lo probado es precisamente la mala fe del patrono y, por lo mismo, lo aplicó indebidamente sobre esa base falsa, cuando si no hubiera sido por el error de hecho comentado, habría condenado al demandado al pago de $ 525.00 mensuales por cada mes que transcurra o haya transcurrido entre el día 11 de abril de 1953 y la fecha en que pague las prestaciones reconocidas en la sentencia impugnada".

Se considera

Se observa que en un mismo cargo se involucran dos conceptos de violación diferente: la infracción directa y la indirecta a través de error de hecho. Además, en cuanto a esta última, el impugnador no señala cuáles fueron las pruebas apreciadas incorrectamente o no apreciadas, sino que señala todo el haz probatorio, lo cual es contrario a la técnica del recurso. Sin embargo, por predicarse la infracción directa de unas normas, la Sala estudiará el cargo por este aspecto.

No es cierto que el fallo impugnado da por demostrada la buena fe de la empresa demandada por considerar que la consignación por suma inferior a la verdaderamente debida tuvo como causa la ignorancia de la ley o un justo error en materia de derecho. El Tribunal se limitó a decir que no podía considerar la consignación como írrita, ni insuficente para detener la sanción moratoria a pesar de no haberse ceñido a las normas que rigen la liquidación de cesantía, y calificó la conducta de la parte demandada como de buena fe al consignar lo que confesó deber. Si el demandado, con fundamento en el artículo 6º del Decreto 530 de 1947, estimó que las liquidaciones parciales eran exhaustivas, no obró de mala fe, pues se limitó a cumplir una norma que posteriormente fue declarada nula por el Consejo de Estado, pero que estaba vigente cuando hizo la consignación. Cuanto a la condena por prima de servicios, el ad-quem no se refiere concretamente a ella para deducir la buena fe del demandado. Pero habiendo calificado la buena fe del patrono en términos generales, sólo podría demostrarse la violación del artículo 65 del C. S. del T. por haber incurrido en error evidente de hecho, demostración que no hizo el impugnador, quien no indicó las pruebas dejadas de apreciar, o apreciadas incorrectamente, lo cual inhibe a la Sala, como ya se dijo, para estudiar este aspecto de la acusación. No prospera el cargo.

Fallo de instancia

Al contestar el hecho 10 de la demanda, el apoderado de la parte demandada manifestó: "Es cierto en cuanto a que le liquidó la empresa, como valor del auxilio de cesantía devengado hasta el 31 de marzo de 1949, la cantidad que confiesa haber recibido, de $ 5.535.00, no lo es en cuanto a que se hubieran pretermitido los trámites legales para esa liquidación, al menos por parte de la empresa, pues ésta recibió del actor la documentación respectiva, sin sospechar que pudiera ser falsa o que pudieran ser falsos los sellos y constancias de aprobación oficial, y giró el cheque Nº 764065 del Banco de los Andes en favor no del actor sino de quien figuraba en esa documentación como contratante con él, señor Julio Bohórquez. Si éste le dio a Mendoza esos dineros que Mendoza confiesa haber recibido, lo hizo a espaldas de la empresa, asaltando la buena fe de ésta en connivencia con Mendoza". El demandante, por su parte, al absolver la posición séptima que dice: "Es verdad sí o no —yo lo afirmo—, que en 1949 usted pidió a don Fabrio Restrepo que el cheque correspondiente a su liquidación parcial de cesantía para casa de habitación lo girará a favor de su contratista, señor Julio Bohórquez, y no a favor de usted mismo? "Contesto: 'No es cierto y aclaro: Efectivamente yo realicé una promesa de venta de un lote con don Julio Bohórquez. Me proponía adquirir el lote en cuestión en parte con suma correspondiente a lo que me salía a deber 'El Tiempo', por concepto de cesantía. El negocio se frustró por diversos inconvenientes y así se le hizo saber oportunamente a don Fabrio Restrepo quien por esa época desempeñaba el cargo de Gerente de 'El Tiempo', pero en cambio sí es cierto que la Oficina Seccional del Trabajo de Cundinamarca afirma en oficio fechado en febrero 6 de 1953' no haber autorizado ni concedido licencia alguna sobre liquidación parcial ni anticipo de cesantía de la Empresa 'El Tiempo' para Luis Carlos Mendoza Vargas".

De lo anterior se concluye que la causal que sirvió de fundamento para la liquidación parcial de cesantía, es la contemplada en el literal b) del artículo 2º del Decreto 530 de 1947, o sea cuando el valor de la liquidación parcial está destinado a la adquisición del terreno solamente, pero cuando el trabajador, con el valor del auxilio, pueda comprarlo o completar el valor total del lote. El artículo tercero del decreto citado, en su ordinal 2º, señala los requisitos que debe cumplir el trabajador para adquirir el derecho a la liquidación parcial en este evento, y las que debe observar el patrono para que el pago se haga legalmente. Los primeros consisten en la presentación de la promesa de compraventa debidamente registrada, de un lote ubicado en predio urbano o en urbanización debidamente aprobada por el Municipio o la respectiva entidad Municipal, y del certificado de propiedad del inmueble. Por su parte, el patrono debe hacer el pago directamente al vendedor, y por ante el Notario, en el momento de otorgarse la correspondiente escritura. No existe en el proceso prueba alguna de que el trabajador hubiese cumplido con los requisitos que le atañían. La circunstancia de que los archivos de El Tiempo hubiesen desaparecido en el incendio del 6 de septiembre de 1952, no impedía al patrono demostrar, por otros medios probatorios distintos al documento de promesa de venta, y a certificado de Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, que estos le fueron presentados por el trabajador. Pero tampoco comprobó el demandado que hubiese cumplido con su obligación, o sea la de haber realizado el pago directamente al prometiente vendedor, por ante el Notario, y en el momento de firmarse la escritura, hecho que también podía demostrar, con la escritura pública otorgada en cumplimiento de la promesa de compraventa celebrada por el trabajador.

El demandado únicamente acompañó un documento privado, firmado por el trabajador, en el cual éste manifiesta que la liquidación parcial de la cesantía se hizo con el lleno de los requisitos legales. Pero esta manifestación expresa del trabajador no suple la prueba de los requisitos legales, como lo dijo el Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia de 17 de marzo de 1951, juicio de Julio Quintero D. contra Jorge Sanz de Santamaría: "El Tribunal Supremo no comparte la afirmación que hace el sentenciador de haberse ajustado a la ley la li-

quidación parcial de que se trata, porque la prueba que debe darse de la inversión del auxilio de cesantía liquidado, no es la confesión de la contraparte, ni sirve para ello un simple documento privado. En efecto, el parágrafo 3º del artículo 13 de la Ley 6ª de 1945, prohibió terminantemente a los patronos efectuar liquidaciones parciales del auxilio de cesantía aun cuando se obtuviera la conformidad de los trabajadores, sancionando las contravenciones a su mandato, con la pérdida, para aquéllos, de las sumas liquidadas. Pero permitió que se verificaran tales pagos parciales cuando tuvieran por objeto adquirir casa de habitación o libertarla de gravámenes. El Decreto 3424 de 1946 (noviembre 29), reglamentario de a citada disposición, desarrolló el pensamiento del legislador, estatuyendo al respecto —y concretamente en cuanto se refiere a la adquisición de terreno para la construcción de vivienda— que el patrono no podía efectuar tal liquidación parcial sino una vez que el trabajador hubiera comprobado que destinaría las sumas recibidas al objeto previsto por la ley, es decir, presentado el contrato de promesa de venta, debidamente registrado. Además, el patrono debía hacer el pago directamente al vendedor y por ante Notario, en la fecha fijada en el contrato de promesa de venta. (Ordinal 1º del Art. 3º, vigente en la fecha del pago parcial que se examina). Y como la promesa de celebrar un contrato, para que produzca obligación, debe constar por escrito, conforme al artículo 89 de la Ley 153 de 1887, y como, de otra parte, el decreto mencionado (posteriormente el 530 de 1947) señaló las reglas a observar para que tales liquidaciones y pagos fuesen válidos, es preciso concluir que la demostración de la licitud del pago, en tratándose de liquidaciones parciales de cesantía efectuadas para la adquisición de vivienda o del terreno para ella —como es o parece ser el caso que se decide— sólo puede demostrarse con la prueba o pruebas que acrediten el cumplimiento exacto de sus normas, particularmente la que establezca en forma legal la adquisición del bien raíz. Y como según el sistema probatorio civil ella sólo puede consistir en la escritura pública, debidamente registrada, la satisfacción de la exigencia legal deberá acreditarse mediante esa prueba, que reviste así el carácter de ad-solemnitatem. Y es que si el patrono excepciona por pago, está en la obligación según el principio de que "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta", de traer a los autos la plena prueba de que efectivamente pagó y de que ese pago era válido conforme a la ley. En el caso presente, el patrono aportó como pruebas un documento privado y la confesión judicial del demandante, con las cuales aspiraba a demostrar que había pagado determinada suma por concepto de liquidación parcial de cesantía. Y no queda duda de que evidentemente entregó dicha suma al trabajador; pero no logró demostrar con las pruebas idóneas, indispensables o insustituibles, que tal pago fuera válido, es decir, que tuvo por objeto la adquisición de terreno destinado a la construcción de casa de habitación. No es suficiente para tal evento la prueba de posiciones o la consistente en documentos privados, pues es uno de los pocos casos en derecho laboral en que se exige prueba ad-solemnitatem, sin la cual, lo mismo en estos asuntos que en los civiles, no es posible probar el acto jurídico que tenga por objeto bienes raíces. Es, pues, equivocado el criterio del Seccional al admitir como pruebas unas no permitidas por la ley para el efecto".

Y aun cuando esta Sala considera que no sólo con la escritura pública debidamente registrada se demuestra que el pago se hizo correctamente de acuerdo con el Decreto 530 de 1947, sino que también es susceptible de probarse con la atestación o constancia del Notario, lo cierto es que no se acreditó que la escritura se hubiese otorgado, ni que el patrono entregó la suma correspondiente a la liquidación parcial, directamente al vendedor, por ante el Notario.

Sostiene el a-quo que el Decreto 530 de 1947 no exigía la autorización por parte del Inspector del Trabajo o del Alcalde Municipal, cuando el pago parcial de cesantía estaba destinado a la adquisición de un terreno, lo cual es cierto, y que el trabajador no negó que se hubiesen cumplido los requisitos exigidos por el artículo 3º

de dicho Decreto, sino que se limitó a afirmar que la liquidación parcial no había sido autorizada legalmente. Pero el silencio del demandante sobre el particular, y aún más, su confesión sobre el cumplimiento de los requisitos legales, no validan el pago, como se dice en la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo que se ha transcrito. De manera que si esta Sala ha llegado a la conclusión de que el pago no es válido, no es por falta de la autorización por parte del Inspector del Trabajo, o de su prueba, sino porque no se acreditaron los requisitos exigidos por el Decreto 530 de 1947.

No habiéndose acreditado que se cumplieron los requisitos legales en la liquidación parcial de cesantía, las sumas que fueron pagadas al trabajador por este concepto se consideran como no recibidas, y tiene derecho, en consecuencia, al valor total del auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado.

Habiendo aceptado la parte demandada que Luis Carlos Mendoza prestó sus servicios durante 17 años y ½, según la contestación al hecho 2º de la demanda, período que también señala el demandante en la petición sobre auxilio de cesantía, y siendo su último sueldo de $ 525.00 según confesión de la empresa al contestar el hecho 7º de la demanda, la cesantía que le corresponde es de $ 9.187.50. Es de observar que aun cuando el demandado afirmó que el sueldo de Mendoza tuvo variaciones en los años anteriores, no precisó en qué fecha se hicieron los aumentos, por lo cual no es posible aplicar el artículo 251 del Código Sustantivo del Trabajo.

En consecuencia, al casar parcialmente la sentencia recurrida, se revocará la de primer grado en cuanto absuelve al demandado de la obligación de pagar el auxilio de cesantía, y se le condenará a pagar por este concepto la suma de $ 9.187.50.

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, en cuanto por su ordinal a) del punto primero condena al doctor Eduardo Santos a pagar al demandante la suma de $ 3.642.50 por reajuste de auxilio de cesantía, y en cuanto por su punto tercero declara probada o fundada la excepción de prescripción extintiva de la acción oportunamente propuesta por la parte demandada para la nulidad del pago parcial del auxilio de cesantía suplicado por la parte actora, y en función de instancia, Revoca la sentencia de primer grado, dictada por el Juez Segundo de Bogotá, y en su lugar Resuelve: Condénase al doctor Eduardo Santos, representado por el señor Luis Castro Montejo, a pagar al señor Luis Carlos Mendoza Vargas, la suma de **nueve mil ciento ochenta y siete pesos, con cincuenta centavos** ($ 9.187.50) por concepto de auxilio de cesantía definitiva. No la casa en lo demás.

Costas del recurso a cargo de la parte demandada recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION EN MATERIA LABORAL.

El nuevo sistema plantea situaciones muy distintas. Porque el interés para recurrir en casación, si se trata de la parte demandante, se mide por la diferencia cuantitativa entre las peticiones pertinentes de la demanda que tengan siquiera un discutible respaldo probatorio en el proceso, y las decisiones de la sentencia que se habría de impugnar; mientras que si se trata de la parte demandada, la cuantía de ese interés no puede sobrepasar el monto de las condenas deducidas en la misma sentencia. Siendo, pues, las decisiones de ésta las que permiten fijar en guarismo concreto el interés económico de cada litigante para ir a casación, los cómputos respectivos deberá extenderse hasta la fecha de la providencia recurrida y no como antes, (Art. 86 del C. P. L., tal como fue modificado por el 9º del Decreto 1761 de 1956) sólo hasta la presentación del libelo inicial o de su corrección.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre 30 de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade).

Ambas partes contendientes interpusieron en su oportunidad el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, Sala de Decisión Laboral, el 17 de agosto del presente año, en el juicio ordinario de Alfonso Jurado Zambrano contra "Bavaria. S. A." Concedido por dicho Tribunal, procede resolver sobre la admisibilidad del recurso, a la luz de lo preceptuado en el artículo 59 del Decreto Extraordinario número 528 de 1964, que entró a regir el primero (1º) del mes de agosto de 1965.

Conforme a la norma citada, "en materia laboral admiten el recurso de casación las sentencias pronunciadas en segunda instancia en juicios ordinarios por los tribunales superiores de distrito judicial ... siempre que la cuantía del interés para recurrir sea o exceda de treinta mil pesos".

La disposición que regía anteriormente (Art. 86 del C. P. L., tal como fue modificado por el 9º del Decreto número 1761 de 1956), para efectos del recurso de casación laboral no sólo fijaba una cuantía inferior (cuatro mil pesos, $ 4.000.00) sino que la refería al respectivo juicio ordinario, o sea al monto de la acción, y no al del interés para recurrir. Y como, establecida la cuantía de un juicio, es una misma para todos los litigantes, la sentencia susceptible del recurso de casación para uno de ellos lo era en idénticos términos para los demás.

El nuevo sistema plantea situaciones muy distintas. Porque el interés para recurrir en casación, si se trata de la parte demandante, se mide por la diferencia cuantitativa entre las peticiones pertinentes de la demanda que tengan siquiera un discutible respaldo probatorio en el proceso, y las decisiones de la sentencia que se habría de impugnar; mientras que si se trata de la parte demandada, la cuantía de ese interés no puede sobrepasar el monto de las condenas. deducidas en la misma sentencia Siendo, pues, las decisiones de ésta las que permiten fijar en guarismo concreto el interés económico de cada litigante para ir a casación. los cómputos respectivos deberán extenderse hasta la fecha de la providencia recurrida y no, como antes, sólo hasta la presentación del libelo inicial o de su corrección.

En el presente caso, las condenas fulminadas por la sentencia valen $ 24.101.95, suma inferior al mínimo requerido para la

viabilidad del recurso, respecto de la parte demandada. En cambio, entre esa cifra y el total de las peticiones pertinentes de la demanda la diferencia excede con mucho de treinta mil pesos ($ 30.000.00). Por tanto, SE ADMITE el recurso interpuesto por el demandante, Alfonso Jurado Zambrano, y no se admite el que interpuso la demandada, "Bavaria, S. A.".

Reconócese a los doctores Francisco Yezid Triana y Campo Elías Barón Serrano como procuradores judiciales de Alfonso Jurado Zambrano y "Bavaria, S. A.", en su orden, en los términos y para los efectos de los memoriales-poderes que obran a los folios 3 y 5 del cuaderno de casación.

Continúe la tramitación.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

COMPROBACION DE LA ACTIVIDAD PERSONAL DE LA TRABAJADORA EN DOMINICALES Y FESTIVOS PATRIOS Y RELIGIOSOS.

Dadas las limitaciones del recurso extraordinario le está vedado a la Corte investigar de oficio en el proceso laboral las pruebas que no hayan sido objeto de ataque específico del casacionista, y debe por tanto tener como demostrados los hechos que la sentencia deduzca de las probanzas no atacadas, aún en el supuesto de que las demás, debidamente glosadas por el acusador, pudieran conducir a conclusiones distintas. Conducta que no entraña un vituperable formalismo sino que es consecuencia necesaria de la soberanía del fallador en la formación de su convencimiento, instituída en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre 30 de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade).

Carlina Valencia demandó ante el Juzgado del Trabajo de Armenia a la "**Flota El Ruiz Limitada**" por remuneración del trabajo en domingos y otros festivos, primas de servicio, vacaciones, cesantía o indemnización moratoria, afirmando haber sido empleada de dicha empresa como su agente en Armenia.

Negó la **Flota** el vínculo laboral, atribuyendo a la Valencia la calidad de agente autónoma suya, mediante contrato de naturaleza mercantil.

El **a-quo** desató la litis en favor de la actora y condenó a la sociedad a pagarle, con base en el salario mínimo por no hallar acreditada la cuantía del que percibió, determinadas sumas por vacaciones, primas y cesantía, absolviéndola por los demás conceptos reclamados.

Por apelación de ambas partes subieron los autos al Tribunal Superior de Manizales, y éste confirmó el fallo de primer grado, aunque disminuyendo el monto de las referidas condenas y adicionándolas con la referente a la retribución del trabajo en domingos y festivos.

La **Flota** acusa ahora ante la Corte la referida decisión del Tribunal, con apoyo en la primera causal de casación laboral, para que, una vez infirmada, se la sustituya por una absolución total, y formula al efecto dos cargos, así:

Primer cargo

"Violación indirecta de los artículos 22, 23, 24 y 98 del C. S. del T., determinada por errónea apreciación de la prueba, y que llevó al Tribunal a la indebida aplicación de los artículos 179, 186, 249 y 306 del mismo Código. En la presente litis se ha debatido desde un comienzo la naturaleza verdadera del contrato que vinculó a las partes, y que para la actora es de naturaleza laboral, y en cambio la demandada sostiene que se trató de una relación civil, o más propiamente mercantil. El Tribunal encontró acreditada la existencia del contrato de trabajo, y tal conclusión resulta equivocada a mi juicio, dada la índole y modalidad de la prestación de servicios, como se desprende de una recta apreciación de las pruebas. En efecto, el Tribunal erró en la apreciación de los elementos probatorios que le sirven para sustentar el fallo, toda vez que de las declaraciones de los testigos **José Jesús Valencia** (Fl. 20 vto.), **José Carmona** (Fl. 31), **Francisco Vásquez** (Fl. 39), y **Alberto Osuna** (Fl. 42), y de la propia confesión de la actora, primero al plantear el hecho primero de la demanda (Fl. 3) y luego al absolver el pliego de po-

siciones (Fl. 20 vto.), debe concluirse jurídicamente que no existió un contrato de trabajo. Por el contrario, tales elementos de juicio llevan a la conclusión de que entre las partes existió un mandato comercial, dentro de la especie de la comisión para vender, regulado por el Código de Comercio Terrestre(Arts. 331 y ss.)".

Para sustentarlo, la parte recurrente expresa:

"Es evidente que los declarantes citados, y la propia demandante, muestran que la señora Carlina Valencia tenía la calidad de agente, es decir, de comisionista. Atendiendo a las voces de la ley y la jurisprudencia para que el contrato de trabajo llegue a configurarse, cuando de agentes vendedores se trata, precisa que a más de los elementos generales de todo contrato laboral —prestación personal de servicios, subordinación y remuneración— se den también los elementos de la exclusividad, y que no constituyan por sí mismos una empresa comercial.

"Que la demandante no prestó sus servicios con exclusividad a la empresa demandada, se demuestra con las declaraciones de Francisco Vásquez y Alberto Osuna, el primero de los cuales afirma que la señora Valencia tenía establecido en el mismo local un salón de belleza, y el segundo dice que en su condición de chofer manejaba un vehículo afiliado a la empresa "Tax Páramo" y en ocasiones se servía de la misma agencia de la señora Valencia para efectuar viajes y le reconocía la comisión del 10%. Además los declarantes José Jesús Valencia y José Carmona afirman que el local que ocupaba la agencia fue tomado en arrendamiento por la señora Valencia, afirmación que aparece corroborada por la propia confesión de la actora, al absolver posiciones.

"(...) Si la señora Valencia era arrendataria del local, tenía allí mismo un Salón de Belleza y su propia habitación, no puede darse como probado el elemento de la exclusividad en la prestación del servicio con relación a la empresa demandada. Existieron realmente relaciones de comitente a comisionista, pero no regidas por un contrato de trabajo, sino por una convención mercantil.

"El error de hecho en que incurrió el H. Tribunal al apreciar las pruebas anteriores, y que lo condujo a la estimación equivocada acerca de la naturaleza del contrato que vinculó a las partes, fue determinante a la vez de la apuntada violación de las disposiciones que se citan en el encabezamiento del cargo. Si no existió un contrato de trabajo, tampoco era procedente la condena por prestaciones sociales".

Se considera

El sentenciador fundó su convicción en el análisis probatorio que se copia:

"Tomando cronológicamente las pruebas allegadas, nos encontramos con una carta dirigida a la señora Carlina Valencia desde Bogotá, por Francisco Vásquez B. (Fls. 2) en la cual le pide que, como José Carmona resolvió entregar la oficina de la Empresa en Armenia, proceda a recibirle los muebles y enseres a tal señor. A renglón seguido le da instrucciones sobre la forma de actuar en dicha oficina.

"Francisco Vásquez, firmante de esta carta, maneja una agencia de la Flota 'El Ruiz" en Bogotá y según su propia manifestación supervigila, por autorización del Gerente, el funcionamiento de las oficinas en otras ciudades —entre ellas Armenia— y, haciendo uso de esa misma autorización convino con la demandante la instalación de la oficina o agencia en donde ella actuó. (Fls. 39 vto. y 40).

"José Carmona Vásquez fue agente de la Flota El Ruiz en Armenia desde 1954 a 1956; a su retiro entregó la oficina a Carlina Valencia "por insinuación y recomendación del señor Vásquez... que es el encargado de la oficina en Bogotá". Fls. 31 vto.).

"La forma de trabajo de Carmona con la Empresa es explicada así:

"José Carmona Vásquez despacha vehículos de la Empresa en la ruta Armenia-Bogotá e intermedias, con una comisión del 10% en cada vehículo despachado, siendo por cuenta del primero el pago del arrendamiento del local, teléfono y demás gastos de oficina, excepto la tiquetería que era enviada por la Flota El Ruiz, para un mejor servicio. (Fls. 31 vto.).

"El mismo testigo (Fls. 32) manifiesta que la demandante recibió de él la oficina, desde el 9 de octubre de 1956, habiéndole indicado cómo se desempeñaba el cargo, y cómo se desempeñaban los turnos.

"La actora al absolver posiciones manifiesta (Fls. 21):

"Que ella tomó en arrendamiento un local en donde funcionaba la agencia de la Flota El Ruiz, que pagaba con el dinero recaudado por concepto de descuento en la venta de tiquetes; esa oficina la había establecido la Flota demandada y de ella se hizo cargo la absolvente cuando ya estaba en funcionamiento, pues habiendo renunciado el agente José Carmona, fue encargada por Francisco Vásquez. Los servicios municipales y el teléfono los pagaba con el dinero producido por la misma oficina y estando autorizada para ello por la empresa; "yo no era un agente independiente era una simple empleada... yo estaba sometida a las órdenes de las gerencias de la Flota en Manizales y Bogotá... cuando tenía que hacer diligencia de mayor duración necesitaba permisos de la Gerencia de Manizales o Bogotá..."

"Por otra parte, los testigos que declararon en juicio son acordes al afirmar que la demandante trabajó al servicio de la Flota El Ruiz en la ciudad de Armenia, despachando automóviles y concurriendo asiduamente a sus labores. (José J. Valencia, Fls. 20. Rafael Osorio, Fls. 23 vto., Alberto Osuna, Fls. 42). (...)".

Como el fallo es impugnado por errores de hecho, basta destacar la omisión de dos elementos de prueba que el Tribunal invoca y que el recurrente deja incólumes al no singularizarlos como mal apreciados: la carta de Fls. 2, con la que, según el sentenciador, se inició precisamente la discutida relación jurídica y en la cual se le dieron a Valencia "instrucciones sobre la forma de actuar en dicha oficina", y la declaración del testigo Rafael Osorio. Dadas las limitaciones del recurso extraordinario, le está vedado a la Sala investigar de oficio en el proceso laboral las pruebas que no hayan sido objeto de ataque específico del casacionista, y debe por tanto tener como demostrados los hechos que la sentencia deduzca de las probanzas no atacadas, aún en el supuesto de que las demás, debidamente glosadas por el acusador, pudieran conducir a conclusiones distintas. Conducta que no entraña un vituperable formalismo sino que es consecuencia necesaria de la soberanía del fallador en la formación de su convencimiento, instituída en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo.

No sobra agregar, sin embargo, que no estuvo afortunado el impugnante al derivar del solo nombre de "agente" y de la retribución de la actividad personal en forma de comisión, la aplicabilidad forzosa del artículo 98 del C. S. T. que apenas se refiere a un tipo peculiar de "representantes, agentes vendedores y agentes viajeros", como lo tiene recibido la jurisprudencia. Ni es superfluo insistir en que, aún para estos últimos, el artículo 98 citado no requiere la pretendida "exclusividad" al servicio de un patrono sino el profesionalismo, que es conciliable con la pluralidad de comitentes.

El cargo no prospera.

Segundo cargo

"Aplicación indebida del artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo. El fallo del Tribunal hace extensiva la condena al pago de dominicales y festivos patrios y religiosos, reformando así la sentencia del a-quo. Por este aspecto se configura una nueva violación de la ley sustantiva laboral.

"Ciertamente, aún aceptando como lo hizo el sentenciador la existencia del contrato de trabajo, no era procedente la condena por este extremo, toda vez que no existe prueba valedera de la prestación del servicio. Aquí fue evidente el error de hecho en que cayó el Tribunal, cuando dio a las declaraciones de José Jesús Valencia, José Carmona y Alberto Osuna, el valor de plena prueba para demostrar el servicio prestado por la actora en todos los días de fiesta patria y religiosa en el tiempo total de duración de la relación contractual. Y tampoco la índole misma del trabajo puede llevar a la conclusión errada a que llegó el Tribunal. Muy al contrario, la forma misma de remuneración pactada, que era una comisión en la venta de tiquetes, equivalente al 10% de lo vendido, indica que no existe lógica en las deducciones del Tribunal. En virtud de qué pacto, convención o

disposición legal, los días festivos se remuneran con el 20% del producido de la venta de tiquetes? Es cierto que en la liquidación de las prestaciones se tomó en cuenta el salario mínimo legal, a falta de la prueba de la remuneración pero ello nada resta al argumento anterior, toda vez que el porcentaje fue la forma convenida para remunerar a la agente comisionista.

"En contra de la tesis sentada en el fallo existe una abundante y reiterada jurisprudencia de la H. Corte, en el sentido de que los dominicales y festivos patrios y religiosos laborados exigen una prueba exacta y concluyente, con determinación de los días de fiesta efectivamente trabajados. Aquí no existe tal prueba, y los testigos citados en el fallo —Rafael Osorio, José Jesús Valencia y José Carmona y Alberto Osuna— no establecen precisamente los días festivos trabajados. Es éste un error de hecho en la apreciación de los elementos probatorios reseñados, que determinó la indebida aplicación del artículo 179 del C. S. del T.".

Se considera

La motivación del fallo sobre este punto reza:

"El trabajo peculiar desempeñado por la actora necesariamente exigía de ella su presencia habitual o permanente para atender a la venta de tiquetes con destino a pasajeros que deseaban utilizar los servicios de la "Flota El Ruiz". Nada indica que los domingos y festivos las actividades de la Empresa y por ende las labores de la actora se suspendieran, y por el contrario, es lógico suponer que en tales días la movilización de aquéllos fuera más activa por razón de ser feriados.

"La índole misma del trabajo hace deducir a la Sala que la demandante sí laboraba en festivos patrios y religiosos y en dominicales, pues en parte alguna la Empresa ha sugerido siquiera que ella cerrara el despacho, y, por el contrario, testigos como Rafael Osorio hablan de la asiduidad de aquélla en sus labores. En cuanto al caso concreto de su trabajo en festivos patrios y religiosos y en dominicales, varios testigos corroboran las deducciones de la Sala, entre ellos José Jesús Valencia (Fls. 20) dueño del local en donde funcionaba la agencia; José Carmona (Fls. 31) que es muy claro al manifestar que "uno no tiene descanso pues precisamente los días domingos y festivos son días de más movimiento y requiere estar más que todo al frente de la oficina pues es el día que le puede dar a uno mejor rendimiento ya que el sueldo que uno devenga es el porcentaje de que se trata anteriormente y que son los días de más movimiento" y Alberto Osuna (Fls. 42) que por ser vecino de la agencia aludida pudo darse cuenta del trabajo de la actora en tales días.

"Es cierto que la Sala ha sido exigente en esta comprobación de dominicales y festivos patrios y religiosos, demandando una exacta determinación de los mismos. Pero en casos como éstos, en donde la índole misma del trabajo exige la presencia permanente de quien presta sus servicios es lógico concluir que las declaraciones de testigos son suficientemente claras para llegar a una conclusión como la adoptada, o sea, para aceptar que la Empresa demandada debe pagar los festivos patrios y religiosos, en el lapso comprendido entre el 9 de octubre de 1956 y el 3 de septiembre de 1958, por estar demostrado que la actora los trabajó".

Como se ve, el Tribunal pone especial énfasis en "la índole misma del trabajo" de la Valencia, que hacía indispensable su actividad personal en todos los festivos y domingos. Ya se dijo que esas modalidades de la labor fueron deducidas de diversas probanzas, entre ellas, y muy principalmente, de la carta con que se inició la relación jurídica y cuya estimación por el sentenciador no critica el casacionista.

En consecuencia, se desecha 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 la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA. — COMPENSACION DE SALARIOS. — EMBARGO PARCIAL DEL EXCEDENTE.

Impugnación a la sentencia por errores de hecho atinentes a la naturaleza de la relación que movió al empleador a otorgar el crédito a su trabajador. — Necesidad de que el recurrente combata en casación, en forma eficaz, el fundamento del fallo acusado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, 30 de noviembre de 1965.
(Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo).

El representante judicial de los demandados Construcciones Nacionales, Limitada, Parra, Beltrán & Cía., Limitada, José Antonio Parra Villamizar y Juan Francisco Beltrán Pinzón, solicita la casación parcial de la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral que a aquéllos promovió el señor José María Paba Paba para el reconocimiento y pago de varias prestaciones.

I. Los antecedentes

Ante el Juez Quinto del Trabajo de Bogotá el nombrado demandante pidió sentencia de condena contra Construcciones Nacionales, Limitada, Parra, Beltrán, & Cía., Limitada, y José Antonio Parra Villamizar y Juan Francisco Beltrán Pinzón, para que se ordenara el pago en su favor de las siguientes prestaciones: auxilio de cesantía, prima de servicio, salarios por tiempo laborado y por incapacidad proveniente de enfermedad no profesional, e indemnizaciones moratoria y por lucro cesante, así como para el reintegro de unas sumas de dinero.

Parra Villamizar y Beltrán Pinzón, por su parte, en calidad de socios de la sociedad de hecho Construcciones Nacionales, formularon, una vez contestada la demanda, otra de reconvención al demandante principal para que fuera condenado "a compensar a la sociedad Construcciones Nacionales el valor de dos mil trescientos cincuenta y seis pesos con veinticinco centavos ($ 2.356.25), por concepto de un préstamo que recibió de la sociedad demandada por él mismo, con motivo del contrato de trabajo que existió entre el demandante y la sociedad".

El negocio terminó en primera instancia con sentencia proferida por el juez a-quo, en que éste funcionario resuelve: en relación con la demanda principal, absolver a la sociedad Parra, Beltrán & Cía., Limitada, de los cargos formulados; declarar probadas totalmente, de oficio, la excepción de pago del auxilio de cesantía y la prima de servicios, y parcialmente la de pago de salarios; declarar no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación e ineptitud de la demanda respecto de la sociedad Construcciones Nacionales, Limitada, José Antonio Parra y Juan Francisco Beltrán; condenar a estos últimos demandados a pagar al demandante, solidariamente, la suma de ciento cincuenta y siete pesos con dos centavos, por concepto de salarios, y absolverlos de los demás cargos. En relación con la de reconvención, disponer la compensación de los enunciados ciento cincuenta y siete pesos con dos centavos de la condena, de la suma de dos mil cincuenta y seis pesos con veinticinco centavos recibidos en préstamo para vivienda por el actor principal, y ordenar contra ésta la

restitución en favor de los reconvinientes del saldo de un mil ochocientos noventa y nueve pesos con veintitrés centavos. No se hizo condenación en costas.

Ambas partes apelaron de este fallo, habiendo concluído la segunda instancia con sentencia en que el tribunal ad-quem formula las siguientes decisiones:

Primera. "Confírmase el numeral primero del fallo apelado, sobre la demanda principal.

Segunda. "Refórmase el numeral segundo del mismo fallo, sobre la demanda principal, el cual quedará así:

"Declárase probada de oficio la excepción perentoria de pago en lo relacionado con el auxilio de cesantía, salarios insolutos, y prima de servicios correspondiente al segundo semestre de 1956. Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas por los demandados.

Tercera. "Condénase a la sociedad demandada "Construcciones Nacionales Limitada". a pagar al señor José María Paba Paba, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de un mil setecientos sesenta pesos ($ 1.760.00) M/L., por concepto de indemnización moratoria, (Art. 65 del C. S. del T.), entre el 5 de abril de 1957 y el 3 de julio del mismo año.

Cuarta. "Condénase a la sociedad "Construcciones Nacionales Ltda." solidariamente con sus socios señores José Antonio Parra y Juan Francisco Beltrán a pagar dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia al señor José María Paba Paba la suma de ciento veinte pesos ($ 120.00) M/L., por indemnización moratoria ocurrida del 4 de julio de 1956 al 9 de los mismos mes y año.

Quinta. "Revócase el numeral tercero del mismo fallo, sobre demanda principal, en cuanto condenó al pago de salarios insolutos, ya que por el numeral segundo de esta sentencia se declara probada la excepción perentoria de pago en relación con tal petición del libelo principal.

Sexta. "Confírmase el numeral cuarto del mismo fallo, relacionado con la demanda principal.

Séptima. "Revócase el numeral quinto de la misma sentencia apelada en lo relacionado con el acápite "demanda principal".

Octava. "Revócanse los numerales primero, segundo y tercero del aparte titulado "demanda de reconvención" de la parte resolutiva del mismo fallo apelado y, en su lugar, absuélvese al señor José María Paba Paba de todos los cargos formulados en la demanda de reconvención presentada por la sociedad de hecho "Construcciones Nacionales".

Novena. "Costas de la primera instancia a cargo de la sociedad demandada, "Construcciones Nacionales Ltda." y en relación con las causadas por ambas demandas.

Décima. "Sin costas en la segunda instancia".

III. La acusación

Solicita la parte reconviniente la casación parcial de este fallo para que la Corte, como tribunal de instancia, lo infirme, y en su lugar confirme el de primer grado, y como consecuencia "condene al demandante a sufrir la compensación, materia principal que reclaman los demandantes".

El recurrente presenta los cargos en la forma que sigue:

"La impugnación al fallo proferido de la segunda instancia y para pedir como lo hago la infirmación del mismo, y que acuso, lo fundamento en el hecho de que se violaron los Arts. 149 y 155 del Código Sustantivo del Trabajo, primero porque dichas disposiciones establecen, que el patrono no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. En forma directa se violaron dichas disposiciones, si se tiene en cuenta también que las disposiciones citadas concretamente se establece que sobre convenios o financiación de vivienda para trabajadores, puede estipularse que el patrono prestamista queda autorizado para retener el salario de sus trabajadores, deudores de las cuotas, que acuerden o que se prevean en los planes respectivos, como abono a intereses y capital, de las deudas contraídas para la adquisición de casa. En el Capítulo sobre

el análisis de las pruebas, se encuentra la relación exacta de cómo se produjo el préstamo al demandado de la reconvención que en ningún caso es de mutuo, como lo dijo el honorable Tribunal en su fallo, porque tanto en las posiciones absueltas, como en dichos documentos, el actor principal, dijo que se le podían descontar de sus salarios y de sus prestaciones sociales lo que saliera a deber, luego de acuerdo con las leyes citadas estaban autorizándolo la retención.

"Mientras que el demandante principal se ausenta de todo interés dentro del juicio, y por el contrario los demandados, demuestran el motivo por el cual se terminó el contrato de trabajo por inusitada gravedad como lo fueron los insultos violentos esgrimidos por el actor contra los ingenieros, y en el mismo momento en que se demuestra que el demandante principal contrajo una obligación de carácter económico laboral y a favor de los demandados por $ 2.556.25, mas a través de los documentos reconoce que recibió dicho dinero, que podían descontarle a favor de $ 200.00 mensuales de su salario, y en las posiciones absueltas autoriza para que se le descuente de sus salarios y prestaciones sociales, el monto de lo que se le salga a deber.

"Como queda dicho, Paba Paba autoriza de manera expresa, aún después de terminado el contrato de trabajo, para que se le descuente de lo que se le salga a deber, sin embargo la honorable Sala Laboral del Tribunal, no accede en lo más mínimo al deseo de Paba Paba de pagar lo que reconoce deber. Es decir, a Paba Paba se le ha dicho en el fallo que impugno que no pague en compensación nada y a los demandados, se les dice que se acojan a las vías que consideran necesarias para hacer efectivos sus créditos contra Paba Paba, en la teoría y en la práctica del derecho, así como está resuelto en la sentencia que se impugna, no se permite la conciliación entre las partes sino se les coloca en permanente rivalidad, aunque las mismas manifiesten como está demostrado dentro del juicio, que están dispuestas a compensarse.

"En el fallo de primera instancia, el señor Juez, apreció lógica y jurídicamente, la esencia del negocio, especialmente en lo que respecta a la reconvención, y al hecho de reconocer la existencia del crédito a favor de la parte demandada, y nada menos que, por el hecho de que aquél dijo: 'Si debo, pago, si me salen a deber con eso mismo pago, si no me salen a deber nada, entonces continuaré siendo deudor, porque no habría de qué compensar, autorizo para que se me descuente de mis salarios y prestaciones sociales, pero la honorable Sala Laboral no acepta esta tesis, ni la voluntad del deudor, que se acomoda exactamente a la ley'. Pero en el fallo impugnado, se condena a los demandados a pagarle al actor principal la suma de $ 1.760.00 por concepto de indemnización moratoria, y $ 120.00 por indemnización moratoria, o sea un total de $ 1.880.00 y aceptando la tesis de pago por indemnización moratoria, y habiendo recibido el mismo demandante la totalidad de sus prestaciones sociales con anterioridad por lo suma de $ 806.64, se le indica a los demandados que tomen otro camino para ser efectivos los dineros que el demandante le debe a los demandados, no obstante que el actor dice descuénteme de $ 1.880.00 que les debo a los demandados, lo que yo reconozco que salgo a deber de $ 2.056.25, y exactamente por dicha circunstancia, el señor juez de primera instancia resolvió en ese sentido la demanda de reconvención en sus numerales 1º y 2º porque atendió los mandatos de la ley, y acogió la confesión en lo que respectaba al reconocimiento de la deuda.

"Es bien sabido señores Magistrados de la honorable Corte Suprema de Justicia, que las costumbres de la Sociedad, generalmente producen ley para las partes, por lo mismo en un determinado momento, la declaratoria de la insolvencia, en el caso concreto de que se habla, es una de las fuentes más eficaces para las personas, que aprovechando cualquier vínculo hacen préstamos en dinero, pero que unas veces por falta de voluntad para pagar, en otras porque el noventa por ciento, el trabajador evidentemente aunque tenga buena intención de pagar. no tiene con qué. Entonces es más que inútil intentar después de que el trabajador ha terminado su contrato de trabajo, una nueva acción para hacerle efectivo un crédito que hizo a sus propios patronos, después de que se le negó la oportunidad del

querer pagar lo que debía como ocurrió a través de este juicio.

"Por lo anteriormente dicho es que solicito muy respetuosamente, de los honorables Magistrados, que deberá estarse a lo dispuesto en el fallo de primera instancia, en cuanto se refiere a mantener en firme lo decretado en la demanda sobre la reconvención, ya que respecto a la demanda principal. no hubo la más mínima razón de derecho, ni prueba con que se demostrara que los demandados habían incumplido la ley.

"Por lo mismo queda impugnado el fallo por errónea interpretación de la ley, e igualmente de las pruebas en la forma taxativamente dicha a través de este sencillo memorial, para que al efecto sea revocado el fallo de segunda instancia proveniente del honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, y en consecuencia quede en firme el del señor juez a-quo".

III. Examen de los cargos

No obstante la obscuridad y método antitécnico con que están presentados los cargos, de lo expuesto por el recurrente se infiere que ataca el fallo por **errónea interpretación** de los artículos 149 y 155 del C. S. T., en concepto de violación directa, y por infracción indirecta de las mismas disposiciones mediante **error de hecho** proveniente de la equivocada apreciación de algunas pruebas. A lo que puede colegirse, pues el recurrente en parte alguna lo expresa con la claridad y precisión que exige la naturaleza del recurso de casación, son errores de hecho en que incurre la resolución judicial dar como no probados "el préstamo al demandado de la reconvención que en ningún caso es de mutuo" y la autorización para que el empleador pudiera compensarla con salarios u otras prestaciones sociales; con que se violó, en opinión del recurrente, las prohibiciones de los artículos 149 y 155 del C. S. T., conforme a las cuales el patrono no puede hacer tal compensación sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial, ni es embargable sino en una quinta parte el excedente de cien pesos del cómputo mensual de cualquier salario.

El motivo de la impugnación no es, pues, otro que supuestos errores de hecho atinentes a la índole del crédito, o más propiamente, a la naturaleza de la relación que movió al empleador a otorgarlo y la interpretación errónea de artículos del C. S. T. que suponen el carácter laboral de dicha relación; conceptos de violación, el directo y el indirecto, que se excluyen en un mismo cargo como incompatibles, como en repetidas ocasiones lo ha dicho la Corte.

A la decisión que se impugna llegó el fallador de instancia por las razones que a continuación se transcriben:

"La demanda de reconvención fue presentada por los señores José Antonio Parra V. y Juan Francisco Beltrán como personas naturales y como socios de la sociedad de hecho denominada 'Construcciones Nacionales'.

"Mas, como el contrato de mutuo fue celebrado por José María Paba y la sociedad 'Construcciones Nacionales, Ltda.', según se desprende de la contestación dada al libelo de reconvención, de la documental visible al folio 58 sobre recibo de la suma demandada en calidad de préstamo, con la carta que obra al folio 61 dirigida a 'Construcciones Nacionales, Ltda.', y con la confesión de ambas partes en las preguntas y las respuestas dadas en la diligencia de absolución de posiciones del reconvenido, resulta claro que el cobro de tal suma entregada al reconvenido, en calidad de mutuo, por la sociedad Construcciones Nacionales, Ltda., sólo esta compañía lo puede verificar y nunca las personas naturales contrademandantes, en sus propios nombres o como representantes de una sociedad distinta de la acreedora".

Aparece manifiesto, así pues, que los cargos enderezados contra la sentencia carecen de toda incidencia en los motivos en que se funda la decisión impugnada, ya que ni la errónea interpretación de las normas sustantivas arriba citadas, que invoca el recurrente, ni los errores de hecho cuya alegación pudiera atribuírsele, tienen nada que ver con la falta de legitimación activa en la causa que movió a la absolución del reconvenido por parte del Tribunal. La Corte ha insistido en repetidas oportunidades en que "aun cuando sean fundados alguno o algunos de los motivos alegados por el recurrente en casación para infirmar la sen-

tencia del Tribunal, ella no es casable, si se apoya en otra u otras razones no combatidas por el recurrente". (G. J., XXXVIII, 58); y en el presente caso el recurrente no ha combatido en forma alguna el motivo que sirve de fundamento a la sentencia, sino que ha enderezado el cargo a impugnar extremos que no son los que el fallador de instancia ha tenido en cuenta para su decisión.

Lo que basta para que el cargo no pueda prosperar.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral de José María Paba Paba contra Construcciones Nacionales, Limitada, Parra, Beltrán & Cía., Limitada, y José Antonio Parra Villamizar y Juan Francisco Beltrán Pinzón.

Se condena a los recurrentes en las costas del recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía O., Secretario.

SUSTITUCION DE PATRONOS

Como lo ha dicho la jurisprudencia la demanda de casación debe integrar una proposición jurídica completa, es decir, registrar todos los textos legales necesarios para confrontar la sentencia recurrida con los derechos que se afirma han sido desconocidos por el ad-quem. El artículo 67 del C. S. del T. da la definición de la figura denominada sustitución de patronos, y el 69 regula las obligaciones de los patronos, sustituto y sustituído. Sólo demostrando que no se produjo el fenómeno de sustitución de patronos, podría configurarse la supuesta violación de las normas acusadas. Pero la infracción directa de la ley es independiente de toda cuestión probatoria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., diciembre 2 de 1965.

(Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral).

Rosa Parra Romero, demandó a la sucesión del señor Alfredo Camacho D., representada por los herederos Helena Rico de Camacho, cónyuge supérstite del causante, y por la menor impúber Viola Patricia Camacho Camargo, cuyo representante legal es su madre natural Lucila Camargo, para que mediante un juicio ordinario laboral se condene a la sucesión a pagarle el auxilio de cesantía, vacaciones, primas semestrales, la indemnización moratoria y los salarios correspondientes a los meses corridos entre el 1º de enero de 1952 y el 12 de febrero de 1957.

El apoderado de la demandante relata los hechos así: "1º Mi mandante, mediante contrato verbal de trabajo, prestó sus servicios al señor Alfredo Camargo D. como Ama de llaves y Ecónoma en su casa de habitación, desde los primeros días del mes de agosto de 1938, hasta el día de la muerte del patrono acaecida el 12 de febrero de 1957. 2º Mi mandante devengaba de acuerdo con lo pactado un sueldo de $ 160.00 en dinero efectivo por cada mensualidad, y además una buena alimentación que en el último año de servicio estimo a razón de $ 3.00 o lo que resulte del justiprecio pericial. 3º El contrato de trabajo terminó con la muerte del señor Alfredo Camacho, acaecida el 12 de febrero de 1957. 4º Mi mandante no ha disfrutado de vacaciones, y tampoco ellas le han sido compensadas en dinero. 5º A mi mandante no se le pagaron las primas establecidas en la ley. 6º A mi mandante no se le ha pagado el auxilio de cesantía. 7º Al fallecer el patrono, le adeudaba a mi mandante el salario que le correspondía en dinero efectivo, desde el 1º de enero de 1952, ya que se convino con el patrono en que éste le guardaría el valor de sus salarios, para invertirlos en la compra de un lote en esta ciudad, y así le sorprendió al patrono la muerte, sin que le hubiera entregado a mi mandante el valor de dichos salarios. 8º Los salarios adeudados deben liquidarse a razón de $ 160.00 mensuales, ya que la alimentación sí se continuó suministrando".

La menor demandada, por medio de su representante legal, dio contestación a la demanda. No aceptó ninguno de los hechos en que se fundamente, se opuso a las peticiones y propuso la excepción de prescripción. No contestó la demanda la cónyuge sobreviviente, ni se hizo representar en el juicio.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez Sexto Laboral de Bogotá, quien conoció del juicio, condenó a la sucesión de don Alfredo Camacho, representada por las demandadas, a pagar a Rosa Parra Romero $ 1.209.21 por concepto de auxilio de cesantía, $ 320.00 por vacaciones;

y $ 5.034.67 por salarios insolutos; absolvió a la sucesión de los demás cargos de la demanda, y la condenó en costas.

Ambas partes apelaron. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, revocó la sentencia de primer grado y en su lugar condenó a la sucesión a pagar a la demandante la suma de $9.818.63, por los conceptos expuestos en la parte motiva, y la absolvió de los demás cargos de la demanda. La condenó en el 50% de las costas de la primera instancia.

Recurrieron en casación la parte demandante y el apoderado de la demandada Viola Camacho Camargo. Presentadas las respectivas demandas y cumplido el trámite de rigor, se estudiará el doble recurso.

Demanda de la trabajadora recurrente

Ataca la sentencia recurrida para que se case, y se condene a la sucesión demandada, representada por todos los herederos reconocidos, al pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que de acuerdo con el C. S. del T., en concordancia con el C. C. le corresponden a la señora Rosa Parra Romero por los servicios prestados al causante Alfredo Camacho D.

Formula tres cargos los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Acuso la sentencia del 28 de agosto de 1959, por el motivo primero del artículo 87 del C. de P. L., es decir por infracción directa de los preceptos legales sustantivos contenidos en los artículos 1008, 1155, 1411, numeral 3º, 1568, inciso 2º, y 1571 del C. C. Puntualizo el cargo en la siguiente forma: a) Se halla plenamente probado en autos, mediante copia auténtica expedida por el Juzgado 9º Civil del Circuito de Bogotá, que los herederos del causante Alfredo Camacho D. son la señora Helena Rico de Camacho, cónyuge sobreviviente del de cujus quien acepta la herencia con beneficio de inventario, y la menor Viola Patricia Camacho Camargo, quien acepta la herencia en la misma forma. b) El Tribunal sentenciador, al divorciar o separar para los efectos de la responsabilidad solidaria, por razón de salarios y prestaciones sociales, a las dos únicas herederas, infringió en forma directa, por error de derecho manifiesto en los autos, el artículo 1008 del C. C., que establece que el título de sucesión es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos como la mitad, tercio o quinto; por consiguiente cuando el Tribunal sentenciador, para los efectos de la responsabilidad establece distinción entre uno y otro de los herederos, y en cuanto se refiere a la sucesión de Alfredo Camacho, y en cuanto continuadores —esos herederos— de la persona del de cujus, viola, con infracción directa, procedente de errada interpretación del artículo, la norma sustantiva del precepto del 1008 del C. C. Por esta misma razón, es decir en cuanto para los efectos de la responsabilidad, establece distingos el sentenciador entre una y otra heredera, viola directamente, también con infracción directa, procedente de errada interpretación, las normas sustantivas de los artículos 1155, 1411, numeral 3º, y 1568, inciso 2º del C. C. En desarrollo de este cargo, acuso la sentencia del Tribunal, por violación directa de la norma del artículo 1571 del C. C., en relación con el artículo 69 del C. S. del T., numeral 1º, violación procedente de interpretación errónea de dichos preceptos, y puntualizó así el cargo: El Tribunal sentenciador, reconociendo, como reconoce en su fallo que existe, por ministerio de la ley, y en los casos de sustitución patronal, solidaridad entre el antiguo y el nuevo patrono, en todas aquellas obligaciones exigibles el día de la sustitución, rompe esta norma de solidaridad, cuando con invocación de los numerales 2º y 5º del mismo artículo 69 del C. S. del T., consagra que en relación con las obligaciones, objeto de este pleito, el nuevo patrono, por modo exclusivo, responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución, y con base en este género de argumentos, inhibe al antiguo patrono de las obligaciones que militaban a su cargo y que militan a su cargo, el día de la sustitución, si fue que este fenómeno se verificó. Y tanto es así, que al fallar, limita la responsabilidad del antiguo patrono, en cuanto se refiere a los salarios insolutos. Este aspecto de la sentencia viola no solamente el artículo

1571 del C. C., en cuanto define el fenómeno de la solidaridad jurídica y el numeral 1º del artículo 69 del C. S. del T. en cuanto impone la solidaridad entre el antiguo y el nuevo patrono en cuanto se refiere a la obligación de satisfacer las obligaciones procedentes del contrato de trabajo en favor del asalariado, sino que infringe también y esto por modo necesario con violación directa la norma del artículo 1571 del C. C., ya que este precepto autoriza al acreedor, frente a los deudores solidarios, a exigir la satisfacción de la obligación a cualquiera de ellos a su arbitrio, de donde cuando el sentenciador, mediante la discriminación entre las personas de los herederos, releva a uno de ellos, de la obligación solidaria que pesa sobre él, está violentando estas normas sustantivas, concatenadas entre sí".

Se considera

El cargo no se ajusta a la técnica que exige el artículo 90 del C. P. del T. para la casación, porque el recurrente no señala las disposiciones sustantivas laborales que fueron violadas por la sentencia. La infracción de las disposiciones del Código Civil citadas: artículos 1008, 1155, 1411, numeral 3º, 1568 inciso 2º y 1571 del C. C., no serían suficientes para infirmar la sentencia impugnada, en el supuesto de demostrarse su violación, porque de acuerdo con reiterada jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y de esta Sala, para que sea procedente el ataque en casación por transgresión de normas del Código Civil o de otro estatuto, es necesario que al mismo tiempo se señalen como infringidas las respectivas disposiciones sustantivas de derecho del trabajo, que resulten igualmente violadas, pues el objeto de la casación del trabajo es la unificación de la jurisprudencia nacional en esta materia, y ello no sería posible si en la acusación no se indican como infringidas disposiciones sustantivas laborales. Aun cuando el recurrente señala la violación del numeral 1º del artículo 69 del C. S. del T., norma laboral, como consecuencia de la infracción del artículo 1571 del C. C., tampoco es admisible el cargo, pues la citada disposición, que se refiere a la solidaridad proveniente de la sustitución de patronos, no consagra ningún derecho de los que se pretenden reinvindicar. La proposición jurídica así planteada en el cargo es incompleta, y no puede la Corte entrar a buscar oficiosamente las normas que establecen el derecho al auxilio de cesantía, vacaciones, primas de servicio e indemnización moratoria, prestaciones e indemnizaciones perseguidas en el petitum de la demanda.

Segundo cargo

"Acuso la sentencia del Tribunal, objeto del presente recurso de casación, por violación directa de los artículos 67 y numeral 2º del artículo 69 del C. S. del T., y puntualizo así este cargo: El Tribunal con fundamento en las posiciones rendidas por la señora Rico de Camacho, sustenta la tesis de que se presentó el fenómeno de una sustitución patronal, consistente en que el patrono, sucesión de Alfredo Camacho, fue sustituído, para los efectos del contrato laboral, por la señora Rico de Camacho, y al argüir así, ha violentado, con infracción directa, las normas sustantivas invocadas, por errónea interpretación, que llevó al Tribunal a hacer aplicación indebida en el caso del pleito, y todo en consecuencia de error de hecho evidente en la apreciación de la prueba de confesión, y de error de derecho, también evidente en los autos en la apreciación de la prueba consistente en el auto del Juez 9º Civil del Circuito de Bogotá, de 7 de marzo de 1957, providencia ésta que reconoció como heredera de Alfredo Camacho a la cónyuge Helena Rico de Camacho. Para comprobar este cargo, arguyo: El Tribunal sentenciador, al calificar la confesión que en posiciones rindiera Helena Rico vda. de Camacho, estimó simplemente la persona natural de la absolvente, perdiendo de vista —error de hecho evidente— que la absolvente era y es nada menos que heredera de Alfredo Camacho; y al obrar así el sentenciador incidió también en error de derecho. También evidente en los autos —en la apreciación del auto de 7 de marzo de 1957 del Juzgado 9º del Circuito Civil de Bogotá, prueba que dejó de ameritar, al prescindir de estimarla suficiente en orden a la demostración de que la absolvente Helena Rico vda. de Ca-

macho es heredera de Alfredo Camacho, cuya sucesión es la primera obligada en orden al contrato laboral, fundamento del juicio. En consecuencia de estos errores de hecho y de derecho evidentes en los autos, en la apreciación de las pruebas, el sentenciador llegó a la conclusión de que se había presentado y configurado el fenómeno de sustitución de patronos, cuando la realidad procesal demuestra que Helena Rico de Camacho y Viola Patricia Camacho, todas a una, como herederas, son, y continúan siendo la sucesión de Alfredo Camacho, primitivo patrono en este contrato de trabajo: No es posible concebir jurídicamente que el heredero, representante legal y continuador de la sucesión, para todos los efectos legales, pueda ser estimado como sustituto de la misma sucesión obligada originariamente. Y por este aspecto, violó el sentenciador, aquí con violación indirecta, y por dejar de aplicarlo al caso del pleito los artículos 23 y 30 de la Ley 45 de 1936, que otorgan a la cónyuge heredera el carácter de legitimaria, en cuanto heredera forzosa. Por tanto, cuando el sentenciador consagra en la sentencia el fenómeno de la sustitución patronal, está violentando, con los conceptos y el modo que acabo de apuntar, las normas sustantivas invocadas. También, y en consecuencia del fenómeno de sustitución patronal, configurado por el Tribunal sentenciador, e inexistente en el caso de autos, la sentencia viola, con infracción directa el numeral 2º del artículo 69 del C. S. del T., en cuanto, en virtud de esa sustitución patronal, pasa a establecer que a pesar del principio de la solidaridad y del reconocimiento expreso de que los herederos ocupan el lugar del causante, la continuidad de labores por parte del asalariado, en la casa del de cujus, representada por la heredera cónyuge Helena Rico vda. de Camacho, no se rindieron, ni produjeron, ni beneficiaron al primitivo patrono sucesión de Alfredo Camacho, sino a la cónyuge heredera Helena de Camacho. Al argüir así el sentenciador, incide en error de hecho evidente en la apreciación de la prueba consistente en el auto de 7 de marzo de 1957 del Juzgado 9º Civil del Circuito de Bogotá, demostrativa —en cuanto prueba— de la existencia de la persona juris sucesión de Alfredo Camacho; y el error de hecho y de derecho evidente en los autos, en la apreciación de esta probanza llevó por modo fatal al sustanciador a violentar indirectamente, y por indebida aplicación al caso de autos, la norma del numeral 2º del artículo 69 del C. S. del T. La conclusión del sentenciador al respecto es tan absurda, que para aceptarla habría que aceptar como antecedente que no es posible la existencia y continuidad de un contrato laboral entre el asalariado, que prestaba sus servicios al causante de una sucesión, y la sucesión misma, cuando en la práctica en la organización ordinaria de los negocios y trabajos, los asalariados mantienen y continúan con la vinculación laboral que les asistía para con el causante, para con la sucesión de éste".

Se considera

El recurrente, respecto a unas mismas normas, invoca todos los motivos de casación, lo cual es contrario a la técnica de este recurso. Y aun cuando en el desarrollo limita la acusación a la infracción indirecta, a través de errores de hecho y de derecho, no es admisible el cargo por haber omitido mencionar las normas que consagran y tutelan los derechos que pretende le sean reconocidos al demandante. Como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, la demanda de casación debe integrar una proposición jurídica completa, esto es, registrar todos los textos legales necesarios para confrontar la sentencia recurrida con los derechos que se afirma han sido desconocidos por el ad-quem. El artículo 67 del C. S. del T. da la definición de la figura denominada sustitución de patronos, y el 69 regula las obligaciones y relaciones de los patronos, sustituto y sustituidos. De manera que aún demostrada su violación, la sentencia no se desquiciaría, pues sobre su parte dispositiva sólo incidirían la violación de normas sobre auxilio de cesantía, vacaciones y primas semestrales e indemnización moratoria, que no han sido acusadas y que son las que tuvo en cuenta el Tribunal para decidir que estas prestaciones e indemnizaciones no eran exigibles cuando falleció al señor Alfredo Camacho,

a quien consideró como patrón sustituído. No prospera el cargo.

Tercer cargo

"Acuso la sentencia del Tribunal sentenciador por violación directa de los artículos 68, 69 inciso 1º, 186, 193, 294 y 338 del C. S. del T. Para demostrar este último cargo, arguyo: El sentenciador, en cuanto se refiere a la obligación de prestaciones por concepto de cesantía, vacaciones, primas de servicios, etc., indemnización moratoria, en relación con la demandada sucesión Alfredo Camacho, y especialmente en cuanto toca con la heredera Viola Patricia Camacho, absuelve a la sucesión de estas obligaciones laborales, y al proceder así está infringiendo, con violación directa, las normas sustantivas del Código Laboral, que acabo de citar y que consagran a cargo de la sucesión y a favor de la parte demandante, la obligación de satisfacer todas y cada una de estas prestaciones laborales. Resumen. Demostrado como está que la sentencia acusada es violatoria de la ley sustantiva, debe ser casada, y en su lugar la H. Corte proveer, en consonancia con la demanda".

Se considera

De acuerdo con reiterada jurisprudencia, la infracción directa de la ley se configura cuando, frente a hechos no discutidos, se aplica la norma legal a un caso no contemplado en ella, o deja de aplicarse, siendo el caso de hacerlo. Al formular la acusación, no indica el recurrente cuál es el hecho indiscutido al cual aplicó el ad-quem las normas que señala como violadas, a pesar de no estar contempladas por ellas, o dejó de aplicarlas, siendo el caso de hacerlo. Además, el Tribunal absolvió a la sucesión por cuanto consideró que la cónyuge sobreviviente había sustituido, en la relación laboral, al cónyuge desaparecido. Sólo demostrando que no se produjo el fenómeno de sustitución de patronos, podría configurarse la supuesta violación de las normas acusadas. Pero la infracción directa de la ley es independiente de toda cuestión probatoria. El error de técnica de que adolece el cargo, hace que no sea estimable. En consecuencia no prospera.

Demanda de la menor recurrente

Pretende la casación de la sentencia impugnada, para que en su lugar se absuelva a la sucesión de los cargos de la demanda. Con base en la causal primera formula tres cargos.

Primer cargo

"Violación del artículo 152 del C. S. del T. por aplicación indebida como consecuencia del error evidente de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación indebida de una prueba y por falta de apreciación de otras. Demostración del cargo. El Tribunal apreció indebidamente las posiciones rendidas por la señora Helena Rico vda. de Camacho que obran al folio 25 y siguientes del cuaderno principal. La señora Rico de Camacho confiesa, al contestar la pregunta séptima de las posiciones, que se convino entre la demandante y el señor Alfredo Camacho que éste le guardaría su salario para la compra de un lote. En la misma contestación afirma la absolvente, al contestar que es cierto lo preguntado por la demandante, que el señor Camacho no alcanzó a pagar a Rosa Parra Romero los salarios que le estaba debiendo a su muerte. El error manifiesto está en deducir de esa confesión un contrato para la financiación de vivienda, cuando simplemente está diciendo la demandante y lo ratifica la señora Rico de Camacho, que se trata de un depósito con el cual tenía "el proyecto" la señora Parra de comprar un lote. Las retenciones que autoriza el artículo 152 aplicado indebidamente por el Tribunal, son para atender a préstamos hechos por el empleador para financiar vivienda, no para propósitos futuros del trabajador. El artículo 152 lo denomina el código "préstamos para viviendas" y habla del "patrono prestamista". Luego, para que exista el derecho a retener en este caso, se requiere previamente el préstamo y luego la realidad de la inversión. Tan obvio es que, en cualquier momento, pudo la demandante exigir al señor Camacho el pago de sus salarios y no hacer la inversión proyectada, cosa que no puede ocurrir en el caso del artículo 152. Por concepto de esas retenciones nada está debiendo el empleador al trabajador, sino al contrario. Es para la

cancelación de lo que éste debe a aquél para lo que autoriza el artículo 152 las retenciones. La demandante pregunta y doña Helena Rico confiesa que el señor Camacho por haber sido sorprendido por la muerte "no alcanzó a pagar" los salarios que le había dado a guardar. Hay un error manifiesto en deducir de "pagar" y "guardar" un contrato para retener para una financiación que es previa y con destino a inversión que no se hizo. Se trata, pues, de un depósito civil, extraño a las relaciones de trabajo entre las dos partes y no reglamentado por las disposiciones laborales. Dejó de apreciar el fallador el hecho séptimo de la demanda, en el cual expresa la demandante que se convino con el patrono en que éste le guardaría el valor de sus salarios para invertirlos en la compra de un lote. De haber tenido en cuenta esta confesión el Tribunal habría llegado a la conclusión, confirmada por las posiciones, de que entre la Parra o Camacho existió un contrato de depósito. Don Alfredo no retenía a la fámula su salario para la financiación término que no es castizo y que significa que otro nos presta los recursos de que carecemos, sino que le guardaba para un proyecto. Sólo hay financiación para vivienda cuando ésta la adquiere el trabajador y el empleador le da parte o todos los dineros necesarios para ello. No puede darse al artículo 152 el alcance que le da el fallador, puesto que se deja en manos de los empleadores un sistema peligroso para rehuir el pago de los salarios de sus trabajadores. En la misma forma en usted no encontraría ajustada la ley la prueba presentada por el patrono de que convino con su trabajador en retener su sueldo para comprarle un lote, tampoco es legal a la inversa. Tampoco apreció el Tribunal el poder otorgado por la demandante. En parte alguna se habla allí de reclamar dineros retenidos para financiación de viviendas. Sólo pide el pago de prestaciones sociales, según contrato verbal de trabajo con un sueldo de $ 160.00. Eso de la retención es invento del fallador, por errónea apreciación de las posiciones y falta de apreciación de la demanda y del poder. Violó, pues, el Tribunal por indebida aplicación, el artículo 152 del C. S. del T. y como consecuencia, la sentencia debe ser casada para, en su lugar, absolver a la sucesión de los cargos de la demanda, que es lo que persigo con la impugnación de la sentencia".

Se considera

En relación con los salarios devengados por la demandante y su retención por parte de su patrón fallecido, dijo el Tribunal: "Se afirma en la demanda que a la actora no se le han entregado los salarios guardados desde el 1º de enero de 1952, hasta la muerte del señor Camacho (febrero 12 de 1957), hecho que aceptó la señora Rico de Camacho al absolver posiciones. Por otra parte, la menor Viola Patricia Camacho tampoco demostró que el pago se hubiera efectuado y como se trata de una negativa indefinida se procede a estudiar la súplica respectiva. Dice textualmente el hecho 7º de la demanda: "Al fallecer el patrono, le adeudaba a mi mandante el salario que le correspondía en dinero efectivo, desde el 1º de enero de 1952, ya que se convino en que éste le guardaría el valor de sus salarios, para invertirlos en la compra de un lote en esta ciudad, y así le sorprendió al Patrono la muerte, sin que le hubiera entregado a mi mandante el valor de dichos salarios: "La séptima pregunta de las posiciones pedidas a la señora de Camacho expresa: "Es cierto, sí o no, que el señor Alfredo Camacho D., por haberle sorprendido la muerte no alcanzó a pagar a la señora Rosa Parra Romero las sumas que por concepto de salarios le venía guardando desde el primero de enero de 1952 por convenio celebrado entre ellos en presencia de usted y con su aquiescencia? Contestó: Es cierto. Leída la aprobó". Planteada en los términos anteriores la demanda y la prueba respectiva se deduce que la obligación de remunerar los servicios de la actora fue cumplida por D. Alfredo Camacho, y por consiguiente no cabe tratar aquí sobre prescripción de la acción correspondiente, en los términos del artículo 488 del C. S. del T., tal como lo decidió el a-quo equivocadamente. Para la Sala existió, en cambio, un contrato de Depósito para la financiación de vivienda evento permitido en el artículo 152 del C. S. del T. Aunque es cierto

que no hay pruebas suficientes para establecer los términos del convenio sobre retención de salarios, ante la confesión de la señora de Camacho habrá que deducir que éste se ajustó a lo dispuesto en la ley, porque de lo contrario la violación del precepto mencionado por parte del patrono lo vendría a beneficiar al operarse el fenómeno de la prescripción de la acción; y en realidad en el caso sub-judice se celebró un contrato de depósito que tiene una íntima relación con el de trabajo, porque lo que debía pagar el señor Camacho por concepto de salarios quedó guardado por éste en Depósito. Tal fenómeno está contemplado en nuestro Código Civil, incisos 1 y 2 del artículo 2238, que dice: "Se podrá hacer la entrega de cualquier modo que transfiera la tenencia de lo que se deposite. Podrán también convenir las partes en que una de ellas retenga como depósito lo que estaba en su poder por otra causa". Es cierto que no existe prueba escrita sobre este convenio, a pesar de su valor mayor de $ 500.00 pero la confesión tantas veces analizada es suficiente en cuanto al hecho mismo del depósito y de las sumas de dinero depositadas, como lo prevé el artículo 2242 del C. C. La restitución del depósito queda a voluntad del depositante según el artículo 2251 del C. C. y además, se puede exigir éste a los herederos cuando fallece el depositario conforme a las reglas del comodato contenidas en el artículo 2205 del C. C. aplicables al caso del depósito según el artículo 2257 de la misma obra. La obligación de restitución del depósito sí corresponde a la sucesión, sin que opere el fenómeno de prescripción, conforme a lo dicho y además en concordancia con el artículo 69 del C. S. del T. Síguese de allí que la suma depositada debe ser reintegrada en su totalidad computando los salarios desde el 1º de enero de 1952 como lo afirma la demanda, hasta el 11 de febrero de 1957 fecha en que terminó el depósito, por muerte del señor Camacho, y a razón de $ 160.00 mensuales la suma depositada asciende a la cantidad de $ 9.818.63. En los términos anteriores deberá revocarse la sentencia recurrida, para sólo condenar a la demandada a pagar la suma de $ 9.818.63, retenida por concepto del depósito a que se ha hecho mención en el presente fallo".

De la simple lectura de los apartes del fallo acusado que se han transcrito, se observa que el Tribunal dio por demostrado que entre las partes se celebró un contrato de depósito. No sólo lo dice expresamente, sino que para deducir las obligaciones de las partes, se apoya en las normas del Código Civil que regulan este contrato. De manera que no incurrió el sentenciador en el error de hecho que le atribuye el recurrente. Bien es cierto que el Tribunal, afirma que existió "un contrato de depósito para la financiación de vivienda, evento permitido en el artículo 152 del C. S. del T.". Afirmación equivocada, pues esta norma se refiere a los préstamos que el patrono hace a su trabajador para que éste adquiera su casa de habitación. Pero con esta conclusión trata de encuadrar el depósito, contrato de naturaleza civil, y que así expresamente lo reconoce, dentro de las previsiones del artículo 152 citado. De manera que si infringió esta norma, no pudo ser a través de errores de hecho, sino directamente, por haberla aplicado a un caso no contemplado en ella. No prospera el cargo.

Segundo cargo

"Violación de los artículos 2236, 2237, 2238, 2240, 2242 y 2251 del C. C., por falsa aplicación. A esta violación llegó el Tribunal indirectamente por error de hecho evidente que aparece manifiesto en los autos. **Demostración del cargo.** El error de hecho proviene de la apreciación de las posiciones rendidas por la señora Helena Rico de Camacho y de la falta de apreciación de la demanda y del poder. **Posiciones.** Doy por reproducidos aquí, para los efectos de este cargo los argumentos presentados en el capítulo anterior. De las posiciones rendidas por doña Helena Rico de Camacho, de las cuales el Tribunal dedujo un contrato sobre tención para la financiación de vivienda, aparece obviamente un contrato de depósito entre la demandante y el señor Camacho, de consecuencia absolutamente civil. La demandante pregunta: "Es cierto, sí o no, que el señor Alfredo Camacho D. y Rosa Parra Romero convinieron con aquiescencia suya, en los últimos días del mes de diciembre de 1951 el salario de Ro-

sa Parra Romero en la cantidad de $ 160.00, en dinero en efectivo, con la condición de que el señor Camacho le guardaría mes por mes el valor de los salarios con el objeto de adquirir para Rosa Parra Romero, posteriormente, un lote de terreno en esta ciudad? "Luego lo "convenido" fue que Camacho "le guardaría mes por mes el valor de los salarios". No hay retención para el pago de un préstamo para financiar vivienda, sino mero depósito, decisión de la demandante de no cobrar su sueldo, que Camacho "le guardaría, con el proyecto de comprar un lote, proyecto que dependía de la exclusiva voluntad de ella y del cual podía desistir "posteriormente". Cuánto era el valor del lote para que cesara el derecho de retener? Igual cosa ocurre con la pregunta séptima: "Es cierto, sí o no, que el señor Alfredo Camacho por haberlo sorprendido la muerte no alcanzó a pagar (lo subrayo) a la señora Rosa Parra Romero, las sumas que por concepto de salarios le venía guardando desde el 1º de enero de 1952, por convenio celebrado entre ellos en presencia de usted y con su aquiescencia".

La complaciente doña Helena contesta que es cierto. Tenemos entonces que Camacho "no alcanzó a pagar" fenómeno jurídico completamente distinto del de financiación. En este caso no existe la obligación del empleador de "pagar" a su trabajador, sino a la inversa: el trabajador debe pagar la suma que le dio le patrón para financiar y la ley autoriza la retención. Convinieron en que Camacho "le guardaría" sus salarios, o sea el contrato contemplado en los artículos citados del C. C. La demandante confió a Camacho sus sueldos para que se los guardara y restituyera. No se convino más que eso. Camacho mismo no podía comprar el lote, al menos se estipuló. No se convino más que eso. Al contrario, la demandante dice que no alcanzó a pagarle. De donde se desprende que debería hacerlo cuando ella lo reclamara. El Código Sustantivo del Trabajo no reglamenta el depósito, o sea la entrega de una cosa corporal o mueble para guardarla y restituirla, pero sí lo reglamenta el C. C. en las disposiciones citadas. Existe para el patrón el derecho de retener, de compensar, etc., llenado ciertos requisitos, pero no el de "guardar" para proyectos del trabajador, que él es libre de realizar o no. Si al menos la demandante hubiera comprado el lote y quedado a deber determinada suma de dinero para pagarla "posteriormente", aunque tampoco se cumplían los requisitos legales, habría habido cierta especie de financiación, aunque no exactamente eso. Un simple ahorro por parte del trabajador, que pudo destinar su sueldo para ese efecto, depositándolo en la Caja de Ahorro o en el señor Camacho. Y si, depositando en una Caja de Ahorro, no habría financiación para vivienda, tampoco lo hay si lo depositó en su empleador. El Tribunal no apreció tampoco el poder ni el hecho séptimo de la demanda. En el primero no se habla de reclamar "retenciones para la financiación de vivienda". Simplemente apodera al doctor Neira Ch., "para que se le reconozcan y paguen las prestaciones sociales, que me reconoce la ley, por los servicios que presté al señor Camacho mediante contrato verbal de trabajo, y con un sueldo en los últimos años de $160.00 por cada mensualidad". Lo de que le "guardara" sus sueldos de $ 160.00 por cada mensualidad fue imaginación "posterior" del doctor Neira Ch. Y lo de la retención fue imaginación del Tribunal, que no apreció tampoco el hecho séptimo de la demanda que dice textualmente: "Al fallecer el patrono, le adeudaba (sic) a mi mandante el salario que le correspondía en dinero en efectivo, desde el 1º de enero de 1952, ya que se convino con el patrono en que éste le guardaría (sic) el valor de sus salarios, para invertirlos en la compra de un lote en esta ciudad, y así lo sorprendió al Patrono la muerte, sin que le hubiera entregado (sic) a mi mandante el valor de dichos salarios". El clásico contrato de depósito: guardar con la obligación de entregar, que reglamentan las disposiciones violadas por el Tribunal, indirectamente, por errónea apreciación de las posiciones y falta de apreciación de la demanda. No porque el patrono mismo guarde el salario, crea ello una relación de trabajo, de competencia de los jueces sobre la materia, sino una relación civil, extraña al contrato de trabajo. Como consecuencia de este cargo, la sentencia deberá ser casada para absolver

en su lugar a la sucesión, pues éste es el alcance de la impugnación".

Se considera

Tanto la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como la de esta Sala, han dicho que "la misión principal de la casación del trabajo es la de unificar la jurisprudencia laboral, conforme al artículo 80 del Código de la materia, y es obvio que ello sólo puede lograrse cuando la impugnación se refiere a las normas sustantivas que le son propias, esto es, a las especiales de la legislación del trabajo. Las sustantivas del Código Civil solamente sirven a los fines del recurso cuando se las relaciona con las correspondientes del trabajo o cuando regulan completamente la situación jurídica a falta de norma especial" (Sentencia de 1º de septiembre de 1951). Si bien es cierto que las leyes laborales no regulan el contrato de depósito, sí existen normas en el Código Sustantivo del Trabajo que se refieren a la retención de salarios por parte del patrono, y que el acusador omitió mencionar. Esta omisión hace desestimable el cargo.

Tercer cargo

"Violó también el Tribunal el artículo 50 del Código de Prodecimiento Laboral, al condenar a la sucesión a un pago no pedido, el de retención. Sólo el fallador de orimera instancia puede condenar "ultra petita" de acuerdo con esa disposición. Inclusive en estos casos sólo puede hacerlo "cuando los hechos que los originan han sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados". En parte alguna la demandante ha discutido un contrato sobre financiación de vivienda. Lo que ella alega es que Camacho no alcanzó a pagarle lo que le había dado a guardar. El Juez de primera instancia condenó a la sucesión "a pagar a la actora Rosa Parra Romero... la suma de $ 5.034.67 por concepto de salarios insolutos", pero el Tribunal revocó este punto para condenarla a pagar por otro concepto no discutido ni probado. El Tribunal violó esta disposición por indebida aplicación y a ello llegó, indirectamente, por falta de apreciación del poder y de la demanda y errónea apreciación de las posiciones. La H. Corte deberá tener en cuenta para el estudio de este cargo, lo alegado anteriormente sobre esas pruebas en los capítulos anteriores. Ni el poder autoriza reclamar retenciones para vivienda ni la demandante reclama esta clase de prestación. Las posiciones, erróneamente apreciadas, establecen un contrato de depósito y no un convenio en favor del "patrono prestamista", que es el caso de la retención. Los artículos 59 y 149 del C. S. del T. no autorizan al patrono para retener sumas del salario de sus trabajadores para proyectos del trabajador. El empleador que ha financiado a su trabajador una vivienda puede amortizar el pago con retenciones, pero eso no ocurrió aquí ni se discutió. Aunque apareciera demostrado el hecho de la retención y la obligación de pagar lo retenido, como eso no fue discutido ni probado, ni siquiera el Juez de la primera instancia podía condenar por ese concepto a la sucesión. Y aunque se hubiera discutido y probado, como no fue pedido en la demanda, no podía el fallador de la segunda instancia condenar por ese concepto. Por haberlo hecho el Tribunal violó el artículo 50 del C. de P. L. La sentencia debe ser casada entonces para absolver a la sucesión, que es lo que persigo con esta impugnación".

Se considera

El Tribunal condenó a la sucesión demandada a pagar a la demandante la suma depositada, o sean los salarios que el patrón había retenido o guardado, tal como se desprende de las consideraciones de la parte motiva del fallo. El hecho de que el patrono hubiese guardado en depósito los salarios, no cambia la naturaleza de ellos. Por otra parte, para liquidar el valor de la suma depositada, tuvo en cuenta el ad-quem lo afirmado en la demanda, hechos 7º y 8º, sobre que al fallecer el patrono, le adeudaba a la demandante "el salario que le correspondía en dinero efectivo, desde el 1º de enero de 1952, ya que convino con el patrono en que éste le guardaría el valor de sus salarios, para invertirlos en la compra

de un lote en esta ciudad, y así lo sorprendió al patrono la muerte, sin que hubiere entregado a mi mandante el valor de dichos salarios", hecho aceptado por la cónyuge supérstite. No se ve pues, en qué forma dejó el ad-quem de apreciar esta prueba. Y si condenó al pago de los salarios que el patrono guardaba, no está fallando ultra ni extra petita, puesto que la demanda pide se condene a la sucesión demandada al "pago de los salarios correspondientes a los meses corridos entre el 1º de enero de 1952 y el mes de febrero de 1957". El patrón debía los salarios devengados por la demandante, que no le había entregado pues los guardaba en depósito por convenio con ella, hecho discutido y probado, y el Tribunal condenó a la sucesión a su pago, por así haberse solicitado en la demanda. Esta interpretación que el ad-quem le dio a la demanda, no entraña, por lo tanto, un evidente y ostensible error de hecho. Por último, no es cierto que el Tribunal no hubiese apreciado el poder. Expresamente se refirió a él en la sentencia, bajo el epígrafe "Personería de la parte actora", en los términos siguientes: "Aunque el poder conferido por la demandante no es suficiente porque no incluyó facultades para demandar por concepto de salarios e indemnizaciones, resulta que la interesada tuvo conocimiento del adelantamiento de este juicio, toda vez que compareció a absolver posiciones con posterioridad al otorgamiento del poder, con lo cual ha consentido que quien figura como su apoderado representa sus derechos en el juicio, y no ha reclamado nulidad de lo actuado. (Artículo 450 del C. J.)". En consecuencia de lo expuesto no prospera el cargo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRUEBAS SUPLETORIAS EN JUICIO PARA EL PAGO DE PENSION DE JUBILACION.

Técnica de casación. — Se reitera la doctrina en relación con el artículo 488 del C.S.T.

1. El sentenciador puede hacer mérito de la prueba testimonial, con el carácter de supletoria, en el evento de que los archivos hayan desaparecido o cuando no fuere posible probar con ellos el tiempo de servicio, conforme a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 65 de 1946. Es obvio que el recto entendimiento de este precepto, en lo que respecta a la segunda hipótesis de aceptación de prueba supletoria, es el de que los archivos no sean aptos, por defectos inherentes a la manera como hayan sido llevados, para demostrar el tiempo de servicio, y no en el de que no revelen ellos dicho tiempo.

2. En presencia del cargo de violación, por infracción directa, del artículo 488 del C.S.T., la Sala reitera su doctrina en el sentido de que dicha disposición "no es norma creadora de derechos. Su infracción no podría darse sino en concordancia con los que sí los instituyan, en el caso de que, sin haberse extinguido, se desconozca su existencia". (Sentencia 23 de noviembre de 1959, G. J. XCI, 1108).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. —Bogotá, D. E., diciembre siete de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente, Doctor Ramiro Araújo Grau).

En la demanda en que sustenta el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el presente juicio promovido por Jesús Gómez Laverde contra el Departamento de Antioquia, el apoderado de éste aduciendo la causal primera del artículo 87 del CPL, formula tres cargos, y al fijar el alcance de la impugnación, manifiesta que persigue que se case en su totalidad dicho proveído y, consecuencialmente, se absuelva a la entidad que patrocina de la obligación de pagar pensión de jubilación al actor, lo que había sido impetrado en el libelo inicial.

"**Primer cargo.** Acuso la sentencia de violación, por infracción directa, de las siguientes disposiciones legales: artículos 473 y 474 del Código Judicial, que estatuyen lo relativo al principio de la cosa juzgada; artículo 92 del Código de lo Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941) que atribuye firmeza y obligatoriedad a las sentencias de los Tribunales Administrativos, y artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, sobre aplicación analógica del Código Judicial, a falta de disposiciones especiales, como es el tema de la cosa juzgada".

Como puede apreciarse, el recurrente se limita a destacar la violación de preceptos procesales, pero sin acusar como violadas —sería por aplicación indebida— las disposiciones de derecho laboral sustantivo consagradoras del derecho a obtener pensión de jubilación para los trabajadores que hayan llegado a la edad de 50 años y trabajado veinte o más al servicio del patrono. Por consiguiente no puede prosperar el cargo.

"**Segundo cargo.** La sentencia acusada viola además, por aplicación indebida, las siguientes disposiciones: artículo 15 de la Ley 65 de 1946; artículo 17, ordinal b) de la Ley 6ª de 1945; artículo 3º de la Ley 65 de 1946".

"Esta violación proviene de manifiestos errores de hecho y de derecho en la apre-

ciación de las pruebas, al dar por sentado que el actor acreditó el período de veinte (20) años de servicios en el Ferrocarril de Antioquia, dando validez a la prueba supletoria de testigos, que no es de recibo en este caso, pues los archivos de dicho Ferrocarril no han desaparecido, y de ellos resulta que Gómez Laverde no completó un tiempo suficiente para tener derecho a esa prestación".

Con relación a los testimonios apreciados por el Tribunal, el recurrente señala que Restrepo García, Flórez Benjumea y Alvarez son sospechosos, y por tanto no los ha debido tener en cuenta, porque pretenden saber más que el propio demandante, ya que afirman que lo conocieron trabajando en las carboneras del Ferrocarril desde 1923, siendo así que el demandante, "en el escrito del folio 5 del expediente administrativo, manifestó que había empezado a trabajar en las carboneras de Amagá (la Mani y la Guali) en el año de 1925".

Respecto al doctor Tulio Arbeláez Gómez, quien afirma que el demandante trabajó de 1936 a 1950, anota el recurrente que "sobre ese tiempo servido aparecen datos muy completos en los archivos de la empresa, que indican que el trabajo no fue continuo, especialmente en los años mencionados por el testigo".

Finalmente, por lo que hace a la deposición de Juan Quintero, argumenta que "esa declaración no puede tener un alcance mayor al del certificado de servicios expedido por la empresa, donde se encuentran discriminados los días trabajados".

Con relación a la imposibilidad legal para acudir a la prueba testimonial, ante lo prescrito por el artículo 15 de la Ley 65 de 1946, sostiene el recurrente que sólo mediante una inspección ocular podía establecerse que los archivos no eran aptos para probar el tiempo durante el cual estuvo trabajando el demandante, pero que no se practicó una tal diligencia, y que, además, el Tribunal "dejó de apreciar o no la apreció en su verdadero sentido" la prueba consistente en el certificado expedido por el Jefe de Personal del Ferrocarril "con un detalle muy completo sobre los cuadros de trabajos en las carboneras de Amagá, indicando expresamente los meses y años en los cuales no aparecen esos cuadros", certificado que termina con esta explicación: "Las razones por no existir en los archivos los cuadros de carboneras que se dejan detallados, bien pueden ser por cierre de las ventas en los lapsos en que no existen, por terminación de contratos, o porque los trabajadores eran pasados de una veta a otra, o bien porque hubieren sido incinerados o no se hubiere trabajado en las explotaciones". Para el recurrente, el Tribunal debió dar pleno crédito a los informes de los archivos por lo que hace a los meses y años respecto a los cuales aparecen cuadros, y sólo debió hacer mérito de la prueba testimonial con relación a los lapsos acerca de los cuales consta que no existen cuadros.

En el estudio de este cargo debe empezarse por dilucidar si efectivamente podía el Tribunal hacer mérito de la prueba testimonial, aceptable como supletoria sólo si, a tenor del artículo 15 de la Ley 65 de 1946, los archivos hubieran desaparecido o cuando no fuere posible probar con ellos el tiempo de servicio.

Es obvio que el recto entendimiento de este precepto, en lo que respecta a la segunda hipótesis de aceptación de prueba supletoria, es el de que los archivos no sean aptos, por defectos inherentes a la manera como hayan sido llevados, para demostrar el tiempo de servicio, y no en el de que no revelen ellos dicho tiempo.

Para declarar la ineptitud o inhabilidad de los archivos del Ferrocarril para demostrar, hasta el año de 1941, el tiempo en que el demandante estuvo a su servicio, el Tribunal expuso lo siguiente:

"Es principio elemental que los archivos de una entidad son aptos para acreditar el tiempo servido, y que a ellos han de sujetarse, tanto la empresa como el trabajador, cuando en los archivos se han anotado cuidadosamente los días servidos por cada trabajador. Y sucede que en este juicio se ha evidenciado que en los cuadros de servicio de las carboneras por aquellos períodos que existen no se consignaba, en forma real, el tiempo elaborado por cada trabajador, y para ello basta reproducir aquí las manifestaciones registradas en los mismos documentos emanados del Ferrocarril de Antioquia".

"En efecto, hasta el año de 1941, inclusive, en esos cuadros no se apuntaba siempre cuidadosamente el número de días laborados por los barreteros, porque era frecuente que apenas se reseñara simplemente el del día en que entregaban las cargas de carbón que habían beneficiado en la respectiva semana. Téngase presente que el señor Gómez Laverde era, mientras estuvo en las minas, un trabajador que extraía carbón y que tenía una remuneración variable según las cargas del producto que lograra beneficiar semanalmente".

"En efecto, en la resolución 695 del 3 de octubre de 1951, dictada por la sección de Asuntos Sociales del Ferrocarril de Antioquia, pronunciada a raíz de que el señor Gómez Laverde solicitó reconsideración de la providencia anterior que le había reconocido la cesantía, se anota, a folios 34 de este juicio, que sólo "a partir del 1º de enero de 1942 se empezó a llevar a los contratistas de las carboneras su tiempo de servicio en la misma forma que a los demás trabajadores de la Empresa. Con anterioridad a dicha fecha ocurría que en algunas ocasiones sólo se reportaba al contratista, como trabajado, el día de entrega de las cargas extraídas o movilizadas, hecho que ocurría generalmente los domingos". Y en el informe dado por la misma empresa, como prueba decretada en este juicio, que figura a folios 47, distinguido con la letra b), se confirma la anterior aseveración".

"De manera que hasta 1941 inclusive, los archivos de la empresa, tomados de los cuadros de trabajo en las minas, no reflejaban, siempre en forma exacta, el número de días laborados hasta dicho año, a diferencia del tiempo posterior, en que sí empezó a hacerse el registro minucioso, día por día. Por eso se explica que hasta el año de 1941, a pesar de que Gómez Laverde trabajada en forma constante en todas las semanas, de acuerdo con los testimonios que se expresarán más adelante, no le apareciera registrado ese tiempo servido en forma que guardara consonancia con la regularidad de la labor. Obsérvese, en efecto, examinando la hoja de servicios que se encuentra a folios 29, que de 1942 en adelante, y hasta 1944, cuando sirvió como barretero, que en este lapso se le registra una vinculación en todos los días del año, y en el período anterior sólo escasos días en el año, a pesar de la constancia y regularidad en el servicio de que hablan los testigos, a los cuales se aludirá más adelante"

"Además, el informe sobre tiempo servido que aparece en la hoja de servicios operante a folios 2 y 29 del expediente, no es válido para establecer que el señor Gómez Laverde no trabajó en los períodos excluídos de aquel informe. En efecto, según el informe, en el año de 1929 el demandante no trabajó del 1º de enero al 29 de mayo, y del 16 de octubre al 31 de diciembre, y sin embargo la constancia que existe a folios 47 dice que no existen cuadros correspondientes a este año. En 1928, dice la hoja de servicios que sólo trabajó del 3 de septiembre al 31 de diciembre de 1928, y cómo puede afirmarse que no laboró en el tiempo anterior, si la constancia expresa que no hay en el archivo los cuadros por este tiempo? En cuanto al año de 1930, anota la hoja de servicios que Gómez Laverde sólo estuvo vinculado por el mes de noviembre, no obstante que según la referida constancia, no existen cuadros por los meses de enero, febrero, marzo, abril y noviembre, y no habiéndolos no puede sostenerse, con base en la hoja de servicios, que no estuvo trabajando en éstos. En la hoja de servicios se omitió el dato sobre el tiempo servido en 1931, y de este período sólo están los cuadros de julio y noviembre. El mismo documento anota que en 1932 Gómez Laverde sólo estuvo vinculado entre el 10 de enero y el 31 de mayo, de lo que a primera vista podría deducirse que no trabajó en el lapso posterior del mismo, lo que no es una conclusión fundada si está la constancia de que no hay cuadros en el archivo precisamente por esos meses de julio a diciembre. Y así por el estilo, se pueden hacer observaciones al informe sobre tiempo servido por el lapso en que el archivo no está completo".

"En resumen, hasta el año de 1941, en que empezó a llevarse el archivo en debida forma, los datos en él existentes no son aptos para probar el tiempo de servicio, porque en parte no existen los cuadros respectivos, y en el período en que sí están se

demostró que no se hacía un registro fiel de los días laborados".

"De modo que, como en los archivos del Ferrocarril de Antioquia, por la forma deficiente en que fueron llevados en cuanto a los trabajadores de las carboneras o por estar incompletos, no es posible probar el tiempo de servicio en forma cierta y real, atendiendo los mandatos del mismo artículo 15 de la Ley 65 de 1946, es admisible la prueba supletoria testimonial en relación con el tiempo en que existió la anomalía en dichos archivos, o sea hasta el año de 1941".

Dedujo pues, el Tribunal la ineptitud de los archivos de una pluralidad de documentos y de la comparación de varios de ellos entre sí, pero sólo uno de esos documentos es el señalado por el recurrente como mal apreciado y generador del error en el Tribunal de haber dado por demostrada la inhabilidad de los archivos de que se viene hablando; el informe del Jefe de Personal, en cuanto a la afirmación que hace de que la falta de cuadros en determinados períodos puede ser debida a cierre de las ventas, a terminación de contratos, al hecho de que los trabajadores eran pasados de una veta a otra, a que no hubiera habido trabajo o "porque hubieren sido incinerados". Ahora bien, al no haber considerado el Tribunal este documento como prueba de regularidad de los archivos no incurrió en error de hecho evidente, puesto que la hipótesis de la incineración no puede ser descartada, y ella es una de las que dan lugar a la utilización de pruebas supletorias, a tenor del artículo 15 de la Ley 65 de 1946. Y en todo caso, esa constancia del Jefe de Personal en ninguna manera desvirtúa o contradice las conclusiones que sacó el Tribunal de la estimación de las otras piezas que examinó, mencionadas en la parte transcrita del fallo, y no atacadas, se repite, por el recurrente. No habiendo, pues, errado el Tribunal en cuanto a la admisibilidad de la prueba testimonial respecto al tiempo posterior a 1941, se pasa al examen de ella a la luz de los ataques que le hace el recurrente.

En cuanto a la alegada mala apreciación de las deposiciones de Restrepo, Flórez y Alvarez por haber afirmado que conocieron al demandante trabajando para el Ferrocarril desde 1923, en contraposición a una afirmación de éste último, de que tan sólo comenzó a laborar en 1925, debe anotarse que tal afirmación de dicho demandante aparece en un memorial que le dirigió al Jefe del Archivo del Ferrocarril en solicitud de informe sobre tiempo trabajado a los efectos de pedir su jubilación, y todo indica que fue hecha por vía de ilustración a tal empleado, sin que pueda considerarse como una afirmación categórica destinada a fijar la fecha precisa en que se incorporó a la empresa. Habiendo cumplido por la fecha del memorial mucho más de veinte años de estar trabajando con relación a 1925, poco le importaba precisar el año de ingreso, puesto que a su sentir le sobraba tiempo para obtener la jubilación. Por otra parte, en un memorial-demanda presentado por el apoderado de Gómez ante el Jefe de Asuntos Sociales del Ferrocarril, reclamando para éste el pago de auxilio de cesantía y pensión de jubilación, aparece afirmado: "Primero: mi patrocinado sirvió al Ferrocarril desde el año de 1923". Y es apenas lógico suponer que esa afirmación fue hecha teniendo en cuenta los informes suministrados por Gómez. Así, pues, no resultan sabiendo más que éste los testigos en referencia.

En cuanto a la contradicción que quiere ver el recurrente entre lo afirmado por el doctor Tulio Arbeláez Gómez, con los "datos muy completos de los archivos de la empresa, que indican que el trabajo no fue continuo", bastará anotar que con esta alegación pretende el recurrente hacer prevalecer los datos de los archivos sobre los testimonios, y ya se vio cómo aquéllos no eran atendibles, sino a partir de 1942 Además no señaló las piezas del archivo en que conste que realmente el trabajo no fue continuo, y a ello estaba obligado de conformidad con el artículo 87 de C.P.L., puesto que la alegación implica un cargo de haber incurrido el Tribunal en error de hecho en la apreciación de esa prueba, o mejor, por no haberla apreciado.

Por lo visto se rechaza el cargo.

"Tercer cargo. Acuso la sentencia de violación por infracción directa, del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo".

Este artículo consagra las prescripciones y respecto a él ha dicho la Sala: "El artículo 488 del C.S.T. no es norma creadora de derechos. Su infracción no podría darse sino en concordancia con los que sí los instituyan, en el caso de que, sin haberse extinguido, se desconozca su existencia". (Sentencia de 23 de noviembre de 1959, G. J. XCI, 1108)".

No habiéndose acusado normas creadoras de derecho, el cargo no prospera.

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO. — RELACION LABORAL. — TECNICA DEL RECURSO.

Libre apreciación de pruebas por el juzgador de instancia. — Sistemas de libre convicción y de la prueba legal. — Su diferencia. — El cargo por violación directa de la ley, debe plantearse independientemente de toda cuestión de hecho discutida en el proceso. — Interpretación errónea y aplicación indebida. — Aplicación de la norma contenida en el artículo 65 del CST. — Lo atinente a costas no da lugar al recurso de casación.

1. El recurrente invoca error de hecho consistente en haber dado por probado el contrato, sin que en parte alguna se refiera a la relación laboral si no es para aceptarla como lo hace el Tribunal. Y el hecho admitido expresamente por los litigantes no es susceptible de ser puesto en discusión, y debe ser aceptado por el Juez sin necesidad de otra prueba que la que resulta del asentimiento concorde de las partes, a no ser que aquélla contra la cual se alega presente la prueba contraria. De suerte que aún suponiendo que en la sentencia se hubiera interpretado las pruebas de manera equivocada, dando por establecido con ellas un contrato inexistente, seguramente se hubiera incurrido en un error de juicio al reputar comprobada así la convención, mas no en error de hecho que llevase a la indebida aplicación del artículo 24, pues establecida la relación laboral el contrato se presume. Para que la aplicación indebida de las reglas que se estiman violadas hubiese quedado demostrada hubiera sido necesario poner en evidencia que la relación corresponde a un trabajo autónomo simplemente, esto es, que los medios instructorios contienen la prueba contraria a la existencia del contrato.

2. Conforme al artículo 61 del Código Procesal Laboral, el juzgador no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, y puede formar su convencimiento libremente, con sólo sujeción a los principios científicos que informan la crítica de la prueba, a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal de las partes; y desde luego, a la restricción que respecto de la admisibilidad de medios probatorios contiene el artículo 51 del Código mencionado que sólo reconoce mérito a los establecidos en la ley. El sistema de la libre convicción se distingue del de la prueba legal en que la valoración de ésta es una valoración preconstituída, puesto que ha sido hecha de antemano por el legislador, mientras que la de la prueba libre se reja al juicio discrecional del Juez. Es así, el modo de valorar el material instructorio lo que principalmente diferencia los dos sistemas, de los cuales en uno el fallador está ligado a los resultados de "un proceso intelectual de valoración histórico-crítica, desarrollado en la mente del legislador, que se concreta a la manifestación imperativa de una convicción de certidumbre histórica", en tanto que en el otro no se halla ligado a las conclusiones de un proceso de valoración anterior, sino que es a él a quien compete desarrollarlo, con sujeción a un criterio lógico, es verdad, esto es, conforme a los principios generales de la sana crítica, y debiendo atenerse a las reglas consagrada a priori para el establecimiento, proposición, admisión y recepción de la prueba, mas no a estimativos de valor preconstituidos. Aún en materia civil en que priva el sistema de la prueba legal, disposiciones como las de los artículos 664 y 723

del Código Procesal Civil dan al fallador libertad de apreciación de las pruebas indiciaria y pericial, por lo que la Corte no se ha considerado autorizada para declarar la existencia de error de hecho por yerro en la interpretación de tales pruebas sino en casos en que la estimación del fallador de instancia caiga en el absurdo. El juzgador no puede rehusar sentencia ni en caso de duda, sino que está obligado a dejarla en la decisión final en el sentido en que se incline su personal criterio con apoyo en las pruebas aportadas, por lo que sus conclusiones han de ser respetadas en casación cuando eligen entre dos o más soluciones posibles. Sólo la contraevidencia en la apreciación de la cuestión de hecho autoriza la quiebra del fallo.

3. La infracción directa se presenta cuando a un hecho no discutido en la causa se deja de aplicar la norma que lo regula. Si para demostrar el cargo es menester examinar pruebas, "ya no se está dentro del ámbito de infracción directa de la ley, sino en una modalidad distinta, la de su quebranto de modo indirecto por errores de hecho o de derecho en la actividad probatoria del sentenciador". (G. J. CL, 555).

4 La interpretación errónea implica un concepto equivocado del contenido de una ley susceptible de diversas interpretaciones, independientemente de toda cuestión de hecho, mientras que en aplicación indebida se incurre, según la Corte, "cuando —entendida rectamente una norma en sí misma y sin que medien errores de hecho o de derecho se hace aplicación de la regla jurídica a un hecho probado pero no regulado por ella o cuando se aplica dicha regla a ese hecho probado en forma de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley". (G. J. XLIII, 797). La Corte ha prohijado la opinión de Calamandrei de que la modalidad de indebida aplicación es la consecuencia de un error al establecer la diferencia o semejanza entre la hipótesis legal y el supuesto específico concreto.

5. Si la regla es clara y el supuesto de hecho no está sometido a controversia, la violación de la ley no obedece a equivocada inteligencia respecto al contenido de la hipótesis legal, sino a error en que incurrió el fallador al establecer la relación entre esa hipótesis y el supuesto fáctico; o sea, a aplicación indebida. La hipótesis legal es el retardo en el pago, sin limitación alguna, pero la aplicación que de ella hace la sentencia restringe sus efectos, de modo que no es completa sino parcial la subsunción del hecho en la regla legislada. De ahí que no obstante la claridad del texto (artículo 65 del C.S.T.), con su aplicación se llegue a la consecuencia, distinta de la que se propone la ley, de que el trabajador no obtenga sino una indemnización incompleta cuando lo que aquélla quiere es que se le indemnice totalmente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral — Sección Segunda.—Bogotá, quince de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo).

Por recurso de casación interpuesto por ambas partes se revisa la sentencia de segundo grado proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario laboral promovido por José Vicente Salcedo contra la sociedad Arrocera Bocas del Totare, Limitada.

I. El litigio

Fue adelantado por Salcedo contra la mencionada compañía, ante el juez del trabajo de Ibagué, para el reconocimiento de salarios debidos, vacaciones, primas de servicio, cesantía e indemnización moratoria, con fundamento en hechos que se resumen así:

Salcedo fue trabajador de Arrocera Bocas del Totare, Limitada, del 1º de octubre de 1951 al 31 de enero de 1955, como secretario contador de la empresa, con una asignación mensual de seiscientos pesos; fue condición del contrato que el sueldo no se le pagaría sino cuando comenzara a cosecharse arroz; Salcedo desempeñó el cargo hasta la fecha últimamente expresada, sin que se le hubieran pagado las prestaciones especificadas, no obstante haberse cumplido la condición.

En derecho, el demandante invocó las disposiciones de los artículos 24, 26, 27, 29, 32, 37, 57, 61, 65, 138, 144, 186, 193, 196, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo Laboral.

Al contestar el traslado de la demanda, la sociedad se opuso a ella alegando la inexistencia de contrato de trabajo entre las partes, y manifestando que si el actor concurrió a algunas reuniones de socios e hizo las actas respectivas, y presentó algunas declaraciones de renta, fue en forma esporádica, por lo cual no se configuró la aludida convención.

La primera instancia terminó con sentencia en la cual el juez condenó a la empresa al pago de las siguientes prestaciones: doce mil pesos por salarios, cuatrocientos cincuenta por vacaciones, novecientos setenta y cinco por prima de servicios, novecientos noventa y nueve con noventa y nueve centavos por cesantía y seis mil seiscientos por indemnización moratoria. No se hizo condena de costas.

De esta decisión apelaron ambas partes para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, cuya Sala Laboral desató el doble recurso en fallo que confirma el de primera instancia "con la reforma de que las condenaciones por concepto de salarios, cesantía y salarios caídos son las de $ 11.700.00, $ 975.00 y $ 6.610.00 respectivamente". Además condena a la parte vencida en las costas de la segunda instancia.

Contra esta sentencia las dos partes litigantes interpusieron recurso de casación.

III. La sentencia acusada

El fallador de instancia halló establecida la relación contractual al través de las siguientes consideraciones:

a) Un certificado en que el gerente de la empresa demandada hace constar que Salcedo es contador de ella desde octubre de mil novecientos cincuenta y uno hasta la fecha del instrumento, en forma continua, sin que se le hubieran pagado sus honorarios, comprueba que el demandante "sí fue empleado de la empresa demandada, y que lo era el 31 de enero de 1954, sin que hasta esa fecha se le hubieran (sic) arreglado el valor de sus honorarios, o sueldos o salarios".

b) Luis Enrique Labrador Rivera, compañero de habitación del demandante Salcedo, declara que "vio y apreció personalmente que el señor Salcedo trabajaba en la contabilidad y asuntos de secretaría de la empresa Arrocera Bocas del Totare, 'en forma diaria todas las noches y los domingos"; que compañero de pieza de Salcedo primero, y su vecino en el Hotel Combeima después, vio que "trabajaba en contabilidad y secretaría y allí verificaba los asientos correspondientes, y el mismo Salcedo le explicó 'que eran los libros de contabilidad de una arrocera que tenía parte (sic) el señor Francisco Peñaloza y unos señores Cubides, y que éstos habían convenido en pagarle por separado este trabajo a fin de que lo llevara con mucho cuidado".

c) Pedro Labrador Rivera "también vio al señor Salcedo que trabajaba todas las noches primero en el Hotel Central y luego en el Hotel Combeima de esta ciudad, en máquina y otras veces a mano, y en alguna ocasión le informó que llevaba la contabilidad de una arrocera. sin decirle cuál".

d) A Samuel Noreña, "quien trabajó con Salcedo, según lo afirma, en la Compañía de Gaseosas Colombiana, le consta que de vez en cuando se reunían los de la directiva de la empresa Arrocera Bocas del Totare, con José Vicente Salcedo, pero que no sabe qué funciones desarrollaba éste".

e) Camilo Moreno "conoció a Salcedo trabajando como contador en la Compañía Gaseosas Colombiana, pero no le constan los servicios que hubiera prestado a la empresa Arrocera Bocas del Totare".

f) El representante de la empresa Francisco Peñaloza absolvió posiciones ante el juez de primera instancia y "en tal diligencia afirma que Salcedo fue empleado desde antes de 1951 de la empresa denominada Gaseosas Colombianas y después de Gaseosas Tolima y que "es empleado en firme de estas empresas"; que a la Arrocera Bocas del Totare le prestó 'algunos servicios esporádicos durante ese tiempo"; también afirma "que a veces prestaba servicios de secretario de la mencionada Arrocera Bocas del Totare, de tarde en tarde; que no se sabe quién prometió pagarle los servicios, ni tiene conocimiento si el señor Angel C. Cubides arreglaría con él, ni que se hubiera apro-

piado suma alguna para pagarle el salario, pues no le ha fijado ningún sueldo; confiesa el absolvente que él llamó al señor Salcedo "para arreglar amigablemente el valor de sus servicios", pero Salcedo no aceptó su oferta, que luego fue llamado por el mismo Salcedo con ánimo conciliatorio, pero que entonces la empresa no aceptó "por considerar excesivas sus pretensiones". De estas posiciones se deduce que Salcedo sí prestó servicios a la Arrocera Bocas del Totare Limitada, y que su gerente actual buscó la manera de arreglar con el demandante los servicios que había prestado. Y también se deduce que prestó servicios tanto a la empresa denominada Gaseosas Colombianas, como a la empresa arrocera demandada, aunque el señor Peñaloza afirma que esos trabajos fueron esporádicos y que él no había fijado sueldo. Pero en todo caso, la conclusión es de que el demandante sí laboró para la empresa arrocera demandada".

g) El perito designado por el juez que intervino en la diligencia de reconocimiento judicial practicada en los libros de actas y de contabilidad de la empresa, rindió un dictamen del que se deduce: "El señor José Vicente Salcedo, como contador de la Arrocera Bocas del Totare, abrió y llevó el registro de estos libros: diario, mayor, inventarios y balances, bancos, cuentas corrientes y caja, libros que según el perito 'fueron debidamente registrados en la Cámara de Comercio de esta ciudad"; (...) el señor Salcedo llevó, además, como secretario el libro de actas de la asamblea de accionistas (...) Los libros los llevaba con pulcritud y competencia. (...). En el libro mayor y al folio 54 y con fecha 31 de octubre de 1953 aparece constituída una acreencia 'a favor del señor José Vicente Salcedo por la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) para atender al pago de servicios de contabilidad' (...). En los libros diario, mayor y bancos aparece constancia de una partida de treinta pesos ($ 30.00), el 31 de diciembre de 1952, 'por pago de prima de navidad al secretario de la arrocera'. (...). El señor Salcedo llevó personalmente el registro de las operaciones de la sociedad desde su apertura hasta el 31 de enero de 1955 (...). Salcedo desempeñó el cargo de secretario contador de la Arrocera Bocas del Totare, Limitada desde el 1º de noviembre de 1951 hasta el 31 de enero de 1955 (...). La letra de los registros de las operaciones contables y las de las actas de la asamblea de accionistas corresponde a la del señor José Vicente Salcedo, desde su apertura hasta el 31 de enero de 1955 (...). El dictamen pericial no ofrece reparos (...) Se constató en el juicio también por otro dictamen pericial, que Salcedo prestó sus servicios como contador de la Fábrica de Gaseosas Colombiana perteneciente al señor Francisco Peñaloza del 1º de agosto de 1950 al 30 de junio de 1954. Pero el perito expresó que el volumen de movimiento efectuado en los libros de contabilidad, si bien exigía del contador 'la continuidad de sus funciones, pero no la copación (sic)' de las horas hábiles ordinarias de trabajo, ya que solamente los libros diarios exigen sentar operación por operación lo que no ocurre en los libros principales o mayores que sólo requieren asientos globales".

De este material probatorio, dice el Tribunal, "tiene que llegarse a la conclusión de que entre el demandante José Vicente Salcedo y la empresa demandada denominada Arrocera Bocas del Totare Limitada, de la cual es hoy gerente el señor Francisco Peñaloza Castillo, existió una relación de origen laboral, desde el 1º de noviembre de 1951 hasta el 31 de enero de 1955, relación de trabajo por medio de la cual Salcedo prestó sus servicios de contador y secretario de tal empresa, en forma continua durante el tiempo indicado, y consta también que no se le cubrió a Salcedo el valor de los salarios que conforme a la demanda ascendían a la suma de $ 600.00, pero que el perito llamado por el juzgado para que los determinara fijó en la suma de $ 300.00 mensuales (...). El hecho de que un trabajador preste servicios a determinados patronos, ello no es óbice para que dentro del campo del derecho laboral las consecuencias de esos contratos de trabajo, o mejor las prestaciones a que tenga derecho el trabajador vinculado por dos contratos, no puedan ser demandados en la forma como se hizo en el libelo".

Con los mismos elementos instructorios encuentra el Tribunal establecidas la duración del servicio y la cuantía del salario.

Respecto de la mala fe del patrono, fundamento de la condena a pagar indemnización moratoria, dice: "Se demostró en los autos que el trabajador laboró al servicio de la empresa demandada del 1º de noviembre de 1951 al 31 de enero de 1955, con un sueldo mensual de trescientos pesos ($ 300.00) moneda corriente, es decir que evidentemente el demandante sí laboró al servicio de la empresa demandada por un tiempo determinado y con un sueldo. El mismo representante de la empresa demandada en la absolución de posiciones que rindió ante el juez de instancia, dijo que 'prestó algunos servicios' que llamó esporádicos a la empresa Arrocera Bocas del Totare Limitada. No hace una negativa total y no la podía hacer por cuanto en el mismo expediente hay constancia de que la empresa sí sabía que el señor Salcedo era empleado de ella, por eso según el dictamen pericial en el libro mayor de la empresa demandada, al folio 54 y con fecha 31 de octubre de 1953, aparece una acreencia a favor del señor José Vicente Salcedo por la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) 'para atender al pago de sus servicios de contabilidad' y luego también según el dictamen pericial en el libro mayor y de bancos, aparece una partida de treinta pesos ($ 30.00) 'en 31 de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos, por pago de prima de navidad al secretario de la Arrocera'. Luego la empresa sí sabía que el demandante era empleado, que era su contabilista y el secretario de la junta directiva".

En relación con el período durante el cual se debe la indemnización por mora, observa la sentencia: "El juzgado condenó por salarios caídos en la cantidad de seis mil seiscientos pesos ($ 6.600.00), es decir, a $ 10.00 diarios, desde el 1º de febrero de 1955 hasta el 2 de diciembre del año próximo pasado, la víspera de haberse dictado la sentencia. La Sala considera que ha debido condenarse hasta el 3 de diciembre, es decir, hasta la fecha en que se dictó el fallo de primera instancia para tener una base de liquidación y así debe reformarse el fallo condenando a la parte demandada por salarios caídos a la suma de seis mil seiscientos diez pesos ($ 6.610.00) moneda corriente".

La sentencia impugnada mantuvo, por último, la absolución de costas pronunciada en la resolución de primer grado, por cuanto en concepto del fallador el caso es de los comprendidos en la excepción establecida en el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 0243 de 1951 que permite exonerar de costas al litigante vencido cuando hay acogimiento parcial de la demanda.

III. La impugnación

A) Del actor. a) Invocando la causal primera del artículo 87 del Código Sustantivo Laboral imputa a la sentencia interpretación errónea del artículo 65 del mencionado estatuto, que indujo al fallador a violarla mediante la condena al pago de imdemnización moratoria por lapso menor del que ha debido comprender dicha indemnización.

b) Acusa además al referido fallo de violación directa del numeral 1º del artículo 2º del Decreto 0243 de 1951, ya que no revocó la absolución de costas decretada en la sentencia de primera instancia, no obstante que hubo acogimiento total de las peticiones del libelo puesto que se "condenó a la empresa demandada a pagar al actor sumas por cada uno de los factores solicitados por éste, de conformidad con el dictamen pericial".

Persigue, consiguientemente, que se quiebre parcialmente el fallo de instancia para que se condene a la empresa demandada a satisfacer la indemnización moratoria desde el día establecido en él hasta el en que se verifique el pago y para que se la obligue, además, a pagar las costas de la primera instancia.

B) Del opositor. Solicita la casación total de la sentencia para que se absuelva a la parte demandada de todos los cargos del libelo y se condene a la demandante en las costas del juicio; y subsidiariamente, su casación parcial para que se la absuelva del pago de la indemnización moratoria.

Acusa la sentencia por violación de la ley sustantiva por los siguientes conceptos:

a) Violación indirecta. Un único cargo hace por este motivo: el de indebida aplicación de los artículos 22, 23, 24, 25, 26, 27, 65, 127, 140, 186, 189 numeral 2º, 249, 253 y 306 ordinal a) del Código Sustantivo Laboral, "en virtud de error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, tanto

por errónea apreciación de las pruebas, como por falta de apreciación de otras que obran en el expediente, sea que se las considere en forma individual o conjunta".

El error de hecho consiste, según el recurrente, en que "la sentencia acusada aceptó la existencia de un contrato de trabajo que jamás existió y confundió una simple prestación de servicios conforme al derecho común o al trabajo independiente, con el trabajo que se realice con sujeción a un patrón, mediante contrato de trabajo regido por leyes laborales"; y señala como pruebas cuya falta de estimación o estimación equivocada dio lugar al expresado error de hecho, los testimonios de Luis Enrique Labrador Rivera, Pedro Labrador Rivera, Samuel Noreña y Camilo Moreno, la certificación expedida el treinta y uno de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro por el gerente de la empresa, las posiciones absueltas por el señor Francisco Peñaloza Castillo, como gerente y representante de la misma empresa, y el dictamen pericial del señor Santos Prada.

Para demostrar el cargo hace un extenso y prolijo análisis de los medios probatorios aludidos, para concluir que ni aisladamente ni tomados en conjunto permiten suponer la existencia de los elementos salario y subordinación propios del contrato laboral, sino que, por el contrario, comprueban que la relación de trabajo entre las partes fue meramente ocasional. Insiste en que en la apreciación de la peritación se omitieron hechos y otros se valoraron erróneamente, "lo cual, sumado a lo de las demás pruebas que se allegaron llevó a la sentencia a violar indirectamente la ley sustantiva del trabajo, por cuanto al aplicar los artículos impugnados lo hizo en forma indebida".

b) Violación directa

Primer cargo. Impugna el fallo por violación directa "al aplicar indebidamente los artículos 52, 60, 61 y 145 del Decreto Ley 2158 de 1948, los artículos 1, 18 y 19 del CST y el artículo 716 del CPT, y de consiguiente, los artículos 22, 23, 24, 25, 26, 27, 65, 127, 140, 186, 189 numeral 2º, 249, 253, 306 ordinal a), todos ellos del CST".

Para demostrarlo se refiere a las limitaciones que, aún dentro del sistema de la libre convicción, opone la ley colombiana a la soberanía del fallador, ya que el mencionado estatuto legal parte de la base de la libre formación del convencimiento, "pero inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito", para afirmar después que "la sentencia acusada, aunque invocó el principio de la libre apreciación razonada, violó la norma en él contenida, ya que la sola enunciación del mismo no constituye el **deus ex machina** que sirva para cumplir con tal imperativo del derecho del trabajo y de la moral misma". En relación con el caso concreto, hace un nuevo análisis de algunas de las pruebas para poner de relieve que ellas fueron erróneamente apreciadas por el fallador de instancia, y concluir que "en síntesis, la sentencia aplicó indebidamente la norma sobre libre apreciación por cuanto ella se limitó a transcribir algunas de las pruebas que obran en autos, para después decir, sin razones, ni asistida de principio alguno de los que informan la crítica de la prueba, e ignorando el mandato de que en la parte motiva el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento, que ellas demostraban la calidad de trabajador prevista en el CST".

Segundo cargo

Acusa el fallo por violación directa mediante aplicación indebida de los artículos 22, 23, 24, 25, 26, 27, 65, 127, 140, 186, 189 numeral 2º, 249, 253 y 306 ordinal a) del Cod. Sust. Lab. ya que "la sentencia acusada —dice para demostrar el cargo— dio como probado el hecho básico de que entre las partes en el juicio había existido una relación patronal obrera regulada por leyes laborales y no por las leyes comunes", siendo así que "ninguna prueba demostró en los autos que Salcedo hubiera trabajado mediante continuada subordinación o dependencia a órdenes de la empresa Arrocera Bocas del Totare, Ltda., ni menos que el pretenso patrono estuvo facultado para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo

y cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, ni que la continuada subordinación se mantuvo por todo el tiempo de duración del contrato que alegó el demandante", ni la existencia de una convención sobre pago de salario o retribución del trabajo. "Las pruebas allegadas solamente demostraron lo que el mismo demandado aceptó desde un principio: que Salcedo había trabajado en forma esporádica", consecuencia que el recurrente deduce discurriendo nuevamente sobre el sentido de los medios instructorios.

Tercer cargo

Con carácter subsidiario, y para procurar la quiebra parcial de la sentencia, le imputa violación directa de ley sustantiva "en virtud de que aplicó en forma indebida el artículo 65 del CST". Reitera, para demostrarlo, algunas consideraciones sobre las pruebas, especialmente sobre la pericial, para al través de éstas poner de manifiesto que "aún aceptándose en gracia de discusión que Salcedo fue trabajador de la empresa, es también irrefragable que no hay en el expediente, ni el principio de la libre apreciación razonada permite admitirlo, una mínima prueba sobre la mala fe del patrono".

IV. Examen de los cargos

1. Como si prospera la impugnación del demandado será inútil examinar la del demandante, el orden lógico indica que en el caso presente debe invertirse el estudio de los cargos. Primero se examinan los del opositor en el juicio.

1. Impugnación del demandado
a) Violación indirecta
2. Cargo único

Sobre la existencia de una relación de trabajo personal entre las partes no ha habido entre éstas discrepancia alguna, lo que permite la aplicación al caso concreto de lo dispuesto en el artículo 24 del Cod. Sust. Lab., que establece la presunción de que toda relación de esa índole está regida por un contrato laboral. Determina esa norma una inversión en la carga de la prueba, que obliga al demandado a demostrar que el nexo no nace de un contrato sino de un trabajo independiente o autónomo.

3. Si bien el demandado recurrente acusa la sentencia por indebida aplicación de la regla citada, en ninguna parte explica por qué pudo ser mal aplicada a una relación de trabajo personal que está suficientemente acreditada en los autos y cuya existencia admite en forma expresa, siendo así que para que el cargo prospere es necesario, como permanentemente lo enseña la Corte, que el recurrente exponga con toda claridad cómo han sido violadas las disposiciones sustantivas que indica como infringidas. No basta que se las cite como aplicadas indebidamente al caso concreto, sino que es menester expresar en qué consiste la aplicación equivocada y por qué viola norma sustantiva. En el caso presente, no sólo no aparece que el tribunal sentenciador haya incurrido en error de hecho mediante la estimación de las pruebas de las cuales dedujo la existencia de una relación de trabajo personal entre las partes, sino que la demandada ha obrado en el proceso en el entendimiento de que esa relación existe; no siendo dable ante la ley colombiana, por otra parte, confundir dicho vínculo con el contrato cuya ausencia echa de menos el mismo demandado recurrente. Este invoca error de hecho consistente en haberse dado por probado el contrato, sin que en parte alguna se refiera a la relación laboral si no es para aceptarla como lo hace el Tribunal. Y el hecho admitido expresamente por los litigantes no es susceptible de ser puesto en discusión, y debe ser aceptado por el juez sin necesidad de otra prueba que la que resulta del asentimiento concorde de las partes, a no ser que aquélla contra la cual se alega presente la prueba contraria. De suerte que aun suponiendo que en la sentencia se hubieran interpretado las pruebas de manera equivocada, dando por establecido con ellas un contrato inexistente, seguramente se hubiera incurrido en un error de juicio al reputar comprobada así la convención, mas no en error de hecho que llevase a la indebida aplicación del artículo 24, pues establecida la relación laboral el contrato se presume. Para que la aplicación indebida de las reglas que se estiman violadas hubiese quedado demostrada hubiera sido necesario poner en evidencia que la re-

lación corresponde a un trabajo autónomo simplemente, esto es, que los medios instructorios contienen la prueba contraria a la existencia del contrato. Lo que no ocurre en este caso.

El Tribunal apreció en conjunto las pruebas, y la Corte no podría ahora, sin un nuevo y minucioso balance del valor de todos los medios instructorios, entrar a definir si ellos describen un trabajo independiente en vez de un contrato laboral, pues su lectura detenida deja la impresión de que, en el caso más favorable a la pretensión del demandado recurrente, esos medios podrían permitir una doble interpretación, ya en el sentido de la existencia del contrato, ora en el del trabajo autónomo, lo que por sí sólo excluye el error de hecho admisible como motivo de casación.

El gerente Angel C. Cubides certifica, por ejemplo, que el demandante era el contador de la empresa, sin que se le hubieran pagado sus honorarios, lo que concordado con lo expuesto por Luis Enrique Labrador Rivera: Salcedo "trabajaba en contabilidad y **secretaría**" (subraya la Sala) de la empresa Bocas del Totare en forma diaria todas las noches y los domingos"; y con lo dicho en posiciones por el gerente Peñaloza: "no sé cómo se pueda llamar a los pequeños servicios que el señor José Vicente Salcedo prestó a la Arrocera Bocas del Totare. Como **secretario** (subraya la Sala), muy de tarde en tarde, se reunía la junta directiva y él unas veces asistía y otras no"; y con lo expresado por Samuel Noreña: "de vez en cuando se reunían los de la directiva de la empresa Arrocera Bocas del Totare con José Vicente Salcedo"; y con las conclusiones del perito Santos Prada: "el señor Salcedo llevó, además, como secretario el libro de actas de la asamblea de accionistas", permite entender que Salcedo desempeñaba las funciones de secretario-contador, con remuneración por su trabajo como resulta de la peritación y de la certificación y posiciones de los gerentes Cubides y Peñaloza, cargo que por la índole de su tarea (llevar, además de la contabilidad, el libro de actas de la asamblea general y de la junta directiva, asistir a las sesiones de esas corporaciones, redactar y remitir la correspondencia y recibirla y enterarse de su contenido, etc.) supone subordinación a un horario y a las órdenes o instrucciones de la empresa, no obstante la sujeción en que el empleado pueda simultáneamente encontrarse respecto de otro patrono. Si bien el nexo de Salcedo con la Compañía de Gaseosas y la circunstancia de tener ésta y la empresa demandada unos mismos socios indicaran también como posible el supuesto de que vinculado a aquella sociedad, Salcedo prestó a la empresa demandada servicios ocasionales o "esporádicos" a causa de la conexión existente entre las dos, no por ello desaparecería el equívoco, que así planteado no podría resolverse en casación por la libertad que para la estimación de la prueba la ley otorga al fallador de instancia, especialmente dentro de un sistema que como el laboral consagra la libre convicción del juez como instituto procesal.

4. Conforme al artículo 61 del Cod. Proc. Lab. el juzgador no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, y puede formar su convencimiento libremente, con sólo sujeción a los principios científicos que informan la crítica de la prueba, a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal de las partes; y desde luégo, a la restricción que respecto de la admisibilidad de medios probatorios contiene el artículo 51 del Código mencionado que sólo reconoce mérito a los establecidos en la ley.

El sistema de la libre convicción se distingue del de la prueba legal en que la valoración de ésta es una valoración preconstituída, puesto que ha sido hecha de antemano por el legislador, mientras que la de la prueba libre se deja al juicio discrecional del juez. Es así, el modo de valorar el material instructorio lo que principalmente diferencia los dos sistemas, de los cuales en uno el fallador está ligado a los resultados de "un proceso intelectual de valoración histórico-crítica, desarrollado en la mente del legislador, que se concreta a la manifestación imperativa de una convicción de certidumbre histórica", en tanto que en el otro no se halla ligado a las conclusiones de un proceso de valoración anterior, sino que es a él a quien compete desarrollarlo, con sujeción a un criterio lógico, es verdad, esto es, conforme a los principios generales de la sana crítica, y debiendo ate-

nerse a las reglas consagradas a priori para el establecimiento, proposición, admisión y recepción de la prueba, mas no a estimativos de valor preconstituídos. Aún en materia civil, en que priva el sistema de la prueba legal, disposiciones como las de los artículos 664 y 723 del Cod. Proc. Civ. dan al fallador libertad de apreciación de las pruebas indiciaria y pericial, por lo que la Corte no se ha considerado autorizada para declarar la existencia de error de hecho por yerro en la interpretación de tales pruebas sino en casos en que la estimación del fallador de instancia caiga en el absurdo. El juzgador no puede rehusar sentencia ni en caso de duda, sino que está obligado a despejarla en la decisión final en el sentido en que se incline su personal criterio con apoyo en las pruebas aportadas, por lo que sus conclusiones han de ser respetadas en casación cuando eligen entre dos o más soluciones posibles. Sólo la contraevidencia en la apreciación de la cuestión de hecho autoriza la quiebra del fallo, y en el caso presente, como ya se puso de resalto, las conclusiones de la sentencia no contrarían lo razonable lógico de manera evidente.

No prospera el cargo por lo tanto.

b) Violación directa

5. Cargos primero y segundo

Se estudian conjuntamente porque se fundan en el mismo concepto y su demostración la hace el impugnante al través de un nuevo análisis de las mismas pruebas.

6. La forma como los desarrolla el recurrente demandado constituye una reiteración del cargo anterior, ya que la violación de la ley procede de errores cometidos en la apreciación del supuesto de hecho por razón de equivocaciones en la valoración de las pruebas, y repetidas veces ha puesto la Corte de presente que el cargo por violación directa debe ser presentado sin referencia alguna a la cuestión fáctica. La violación directa sólo tiene lugar "cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la ley, originados en una interpretación equivocada de ella o en una aplicación indebida de la misma al caso juzgado" (G. J., LIX, 77), de suerte que "la violación directa hiere directamente, en línea recta, sin rodeos, sin el medio o vehículo de los errores en el campo probatorio. No entra en juego el error de hecho, ni el error de derecho (...) Como se trata de agravio inferido a la ley por fuera de esa tarea, el juzgador trabaja con los textos legales sustantivos únicamente y ante ellos enjuicia el caso; ya sabe si los hechos están probados o no están probados, parte de la base de una o de otra cosa, y sólo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos" (G. J., LXXVIII, 604). Por eso la jurisprudencia laboral tiene aceptado que el cargo por violación directa debe plantearse independientemente de la cuestión de hecho discutida en el proceso, pues "si esta última se interpone entre la ley y la sentencia, bien sea por falta de apreciación o errada interpretación de una o algunas de las pruebas que se llevaron al proceso, entonces la infracción ya no es directa, sino indirecta" (Cas. 26 de febrero de 1954, Galvis vs. Grijalba), que es como el cargo anterior fue presentado por el recurrente.

Para tratar de demostrar la infracción legal en los casos contemplados en los cargos que se examinan, el recurrente comienza por manifestar que las normas sustantivas se aplicaron a una cuestión de facto que no es la comprobada en los autos, con lo que parte de un supuesto error de hecho, empleando la técnica que corresponde cuando se alega violación indirecta; la directa supone una cuestión fáctica no susceptible de controversia, lo que no ocurre en los cargos expresados donde lo esencial de la impugnación se hace consistir en errores cometidos en la valoración del material probatorio, cuestión ya examinada al estudiar el cargo por infracción indirecta.

Consiguientemente, nó prospera el cargo.

7. Cargo tercero

Tiene carácter subsidiario y pretende la casación parcial de la resolución del tribunal ad-quem, para que la Corte como tribunal de instancia la reforme en el sentido de absolver a la parte demandada del pago de indemnización moratoria.

8. La sentencia deduce el elemento mala fe del patrono que le sirve para condenarlo al pago de la indemnización conforme a lo dispuesto en el artículo 65 del Cod. Sust. Lab., de la manifestación de éste en posiciones cuando expresa que Salcedo "prestó

algunos servicios a la empresa", y de las conclusiones del dictamen pericial conforme al cual en la contabilidad aparece una partida de cuatro mil pesos destinada a pagar a Salcedo sus servicios de contabilidad. De estos hechos infiere que el patrono sabía que el demandante era su empleado. El recurrente critica la interpretación que de tales elementos probatorios hace el Tribunal, para concluir que en el juicio no se demostró la mala fe de la empresa.

9. Como se expuso al estudiar los anteriores cargos por infracción directa, ésta se presenta cuando a un hecho no discutido en la causa se deja de aplicar la norma que lo regula. Si para demostrar el cargo es menester examinar pruebas, "ya no se está dentro del ámbito de infracción directa de la ley, sino en una modalidad distinta, la de su quebranto de modo indirecto por errores de hecho o de derecho en la actividad probatoria del sentenciador". (G. J., CL, 555).

10. Aceptado en la sentencia el contrato y su conocimiento por la empresa con fundamento en medios probatorios que obran en los autos, la Corte no podría entrar a infirmar la deducción del fallador sino mediante la rectificación del juicio que él se formó sobre el mérito de tales medios, lo que requeriría un nuevo examen de ellos. Lo que indica que por estar presentado el cargo por un concepto de violación que no es el que corresponde, debe ser desestimado.

2. Impugnación del demandante

11. Cargo primero

No explica la sentencia por qué considera que el tiempo durante el cual se incurre en la indemnización moratoria sólo corre hasta la fecha en que se dicta el fallo de primer grado, sino que se limita a afirmar que el artículo 65 del Cod. Sust. Lab. es aplicable al caso concreto en la forma en que lo hace.

La citada norma reza en lo pertinente: "Si a la terminación del contrato el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo".

El opositor al recurso sostiene que se incurrió en error de técnica en la presentación del cargo, pues ésta ha debido hacerse por aplicación indebida y no por interpretación errónea.

12. La interpretación errónea implica un concepto equivocado del contenido de una ley susceptible de diversas interpretaciones, independientemente de toda cuestión de hecho, mientras que en aplicación indebida se incurre, según la Corte, "cuando entendida rectamente una norma en sí misma y sin que medien errores de hecho o de derecho —se hace aplicación de la regla jurídica a un hecho probado pero no regulado por ella o cuando se aplica dicha regla a ese hecho probado en forma de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las requeridas por la ley" (G. J., XLIII, 797). La Corte ha prohijado la opinión de Calamandrei de que la modalidad de indebida aplicación es la consecuencia de un error al establecer la diferencia o semejanza entre la hipótesis legal y el supuesto específico concreto.

13. La sentencia acusada no interpreta el artículo 65 del Cod. Sust. Lab., sino que se limita a aplicarlo sin expresar las razones por las cuales obra como lo hace, ni el texto motivo de errónea interpretación, según el recurrente, es susceptible de ser entendido, en su parte final, de modo distinto de como literalmente está expresado; es inequívoco. Dispone que en caso de mora el patrono está obligado a pagar al trabajador como indemnización una suma igual al último salario diario "por cada día de retardo", y lo que por retardo debe entenderse es tan obvio que no requiere interpretación alguna. Como lo afirma la demanda misma, "hay una norma legal absolutamente clara que contempla el caso de indemnización por falta de pago (...), y hay un hecho básico del litigio para la aplicación de esta norma y es el no pago", sobre el cual "no hubo discusión en el proceso". Entonces, si la regla es clara y el supuesto de hecho no está sometido a controversia, la violación de la ley no obedece a equivocada inteligencia respecto al contenido de la hipótesis legal, sino a error en que incurrió el fallador al establecer la relación entre esa hipótesis y el supuesto fáctico; o sea, a aplicación indebida. La hipótesis legal es el retardo en el pago, sin limitación alguna, pero la aplica-

ción que de ella hace la sentencia restringe sus efectos, de modo que no es completa sino parcial la subsunción del hecho en la regla legislada. De ahí que, no obstante la claridad del texto, con su aplicación se llegue a la consecuencia, distinta de la que se propone la ley, de que el trabajador no obtenga sino una indemnización incompleta cuando lo que aquélla quiere es que se le indemnice totalmente.

14. Incurrió la demanda, así pues, en error de técnica en la presentación del cargo, lo que es suficiente para desestimarlo dado el carácter formalista del recurso que no permite a la Corte examinar conceptos de violación distintos del invocado expresamente por el impugnante.

15. Cargo segundo

Ha sido reiterada e invariable la doctrina de la Corte en el sentido de que lo decidido por el fallador de instancia respecto a costas no da lugar al recurso de casación. Son numerosas las decisiones sobre ese particular, de las cuales se transcribe lo expresado sobre este punto en la últimamente publicada en la Gaceta Judicial: "Reiterada jurisprudencia enseña que lo atinente a costas no da lugar al recurso de casación. Ni cabe referir esta condena accesoria al artículo 50 del CPT (Decreto 2158 de 1948) sobre fallo extra o ultra-petita, pues éste se limita al pago de 'salarios, prestaciones e indemnizaciones' derivados de la ejecución del contrato de trabajo o de su cumplimiento".

Tampoco prospera el cargo.

V. Resolución

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

No se hace condenación en costas.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía O., Secretario.

HOMOLOGACION. — REVISION DE SALARIOS.

La Corte declara exequible el Laudo proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento que dirimió el conflicto surgido entre la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios y The Royal Bank of Canada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., diciembre diez y seis de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade).

Entre la **Asociación Colombiana de Empleados Bancarios y The Royal Bank of Canada** se celebró el 26 de octubre de 1963 una convención colectiva de trabajo cuya duración se estipuló por "veinticuatro meses contados a partir del primero de septiembre de mil novecientos sesenta y tres con excepción exclusiva de salarios, que serán revisados al año con intervención de los empleados sindicalizados del Banco", según reza textualmente la cláusula décimatercera.

En la asamblea general de la Asociación, reunida el once de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), se aprobó el pliego de peticiones encaminado a obtener del Banco la revisión de salarios prevista en la referida convención, pero habiendo fracasado tanto las negociaciones directas que las partes adelantaron como la intervención de los conciliadores designados por éllas, el Ministro del Trabajo convocó el respectivo Tribunal de Arbitramento para decidir el conflicto, por Decreto número 107 de enero 29 de 1965.

Integrado el Tribunal conforme a la ley, profirió el laudo el diecisiete de marzo de este año, decretando determinados aumentos de salario para los trabajadores sindicalizados del Banco "a partir del día primero de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro ".

Contra dicha sentencia arbitral, y concretamente contra la decisión transcrita que retrotrajo sus efectos salariales al primero de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro, interpuso el Banco recurso de homologación. Para sustentarlo, después de copiar algunos apartes jurisprudenciales de esta Sala, dice el recurrente:

"Refiriéndome concretamente al aparte del Laudo Arbitral de **"The Royal Bank of Canada"** en que se trata la retroactividad que ellos han querido llamar **"efecto retrospectivo de los laudos"** es interesante insertar lo que al respecto dice el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua sobre el término, **'retroactividad'** y **'retrospectividad'.**

"La obra en mención edición Madrid 1947, página 1103 **'retroactivo, va** (Del lat. retroactum, supino de retroagere, hacer retroceder). Adj. Que obra o tiene fuerza sobre lo pasado'. Y, la denominación **'retrospectivo', va.** (Del lat. Retro, hacia atrás, y spectare, mirar) Adj. Que se refiere a tiempo pasado. Es decir que las dos definiciones concuerdan exactamente en indicar 'que se refiere al pasado', en este caso concreto la determinación arbitral toma como punto de partida una fecha completamente anterior en muchos meses y días a la de concepción del Laudo. Esto es, repito dieron **efecto retroactivo al Laudo,** sin tener en cuenta lo previsto e indicado en el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo cuando dice, definiendo la Convención Colectiva de Trabajo para fijar las condiciones **'que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia,** (el subrayado es mío). Lógicamente la Convención Colectiva y los Laudos Arbitrales que de élla se desprendan tienen co-

mo finalidad y, requisito esencial regular las relaciones futuras entre Empresas y sus Sindicatos y no las ya cumplidas y que tuvieron vigencia anterior las cuales fueron regidas por normas de derecho que cumplieron su vida jurídica. Es bueno hacer mención al artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo que a la letra dice: 'Las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores'.

"Cuando una ley nueva establezca una prestación ya reconocida espontáneamente o por convención o fallo arbitral por el patrono, se pagará la más favorable al trabajador. En concordancia con la Ley 153 de 1887 y demás disposiciones concordantes sobre este punto. En esta forma al decirse en la parte motiva del Laudo recurrido que 'En tales providencias la honorable Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), admitió, basada en diversas razones sin duda valederas, que sobraría transcribir, que los laudos arbitrales, aún en los casos en que tienen claro carácter de sentencias constitutivas, pueden tomar determinaciones con plenos efectos 'Ex tunc', o sea, en el pasado. Sienta así nuestra más alta corporación jurisdiccional, una doctrina en la que se reconoce el denominado efecto retrospectivo de los laudos, para el lapso de tramitación del conflicto'. El honorable Tribunal tuvo a bien citar 'solamente' sin estudio a fondo las sentencias proferidas por la honorable Corte Suprema de Justicia en los negocios de la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia y el Municipio de Sonsón respectivamente.

"Al respecto debo manifestar que la honorable Corte Suprema de Justicia ha seguido siempre los ordenamientos fijados por el Tribunal Supremo del Trabajo y la misma Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia constante y de gran solidez ya que no se puede de un momento a otro salirse del cauce jurídico seguido por tantos años, por tan variada gama de juristas que han pasado por esas altas posiciones durante la vida y el imperio del Derecho Laboral en Colombia. Sí, pensásemos por un momento que una tan sólida y reiterada jurisprudencia puede ser cambiada de un momento a otro traería esta determinación un verdadero caos en la interpretación y aplicabilidad de las Convenciones Colectivas como de los laudos arbitrales. Por las razones expuestas a todo lo largo de esta sustentación del recurso me atrevo a solicitar de esa alta Corporación de la República vuelva por los antiguos fueros del imperio de la jurisprudencia existente por muchos años en que los laudos arbitrales en materia de régimen de salarios solamente tienen vigencia jurídica a partir de la fecha en que fueron proferidos o notificados éstos y no retroactivamente o retrospectivamente como ha querido hacerse sin que esto traiga como lógica y fatal consecuencia la violación de la Constitución Nacional en su artículo 30, que protege los derechos impidiendo que se desconozcan o vulneren por leyes o normas posteriores. Igualmente, el laudo objeto del presente recurso viola como hube de denunciarlo anteriormente los artículos 16, 458, 461, 468 y 479 inciso 2º del Código Sustantivo del Trabajo a más de otras disposiciones legales vigentes enunciadas a lo largo de mis alegaciones".

Las deficiencias advertidas en la documentación, quedaron subsanadas el 9 de noviembre de 1965.

Para decidir el recurso, se considera:

El punto en cuestión ya fue dilucidado por la Corte en los siguientes términos:

"1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo y de esta Sala, predominante hasta el mes de abril del presente año, venían apoyándose primordialmente en el artículo 30 de la Constitución y en los artículos 467, 478 y 479-2 del Código Laboral.

"2. Se sostenía, en efecto, que siendo el objeto de la convención colectiva de trabajo (y del laudo de un tribunal obligatorio, que tiene el mismo carácter) el de fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, constituyendo así una reglamentación nueva, una reforma de las relaciones anteriores, un nuevo estado para las partes, sus ordenamientos deben mirar al futuro, que es su ámbito propio de validez temporal. Se admitía la posibilidad de

que las partes, en una convención, pactaran estipulaciones retroactivas en uso de la libertad contractual; pero se les negaba a los árbitros la facultad de volver hacia lo pasado con su fallo, que es una sentencia constitutiva, para producir efectos sobre situaciones jurídicas que quedaron lícita y definitivamente concluídas. Todo ello con base en que la Carta garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, los cuales no pueden ser desconocidos por normas posteriores.

"3. Se argüía, además, que la prolongación de la vigencia de la convención denunciada 'hasta tanto se firme una nueva convención', según voces del Art. 279-2 del Código, consolida entretanto las anteriores condiciones de trabajo, hasta el punto de que la petición encaminada a que el nuevo acto (convención o laudo) que deba reemplazar el precedente rija a partir de la expiración del primitivo plazo, entraña en el fondo una acción de declaración, es decir, una cuestión de derecho, extraña a las facultades del arbitrador.

"4. Un nuevo estudio del problema condujo a la Sala, en la sentencia arriba mencionada (de fecha 21 de abril de 1964), a conclusiones distintas. A los argumentos que entonces se expusieron, no sobra agregar, sin embargo:

"5. Inicialmente, desde el Decreto 2350 de 1944 y la Ley 6ª de 1945 hasta la expedición del Código Laboral de 1950, la fijación del término de duración y las causas y modalidades de su prórroga y de su denuncia, eran de la esencia de las convenciones colectivas de trabajo y, por lo mismo, de los laudos arbitrales que hicieran sus veces. Se entendía, además, que correspondía a las partes (o a los arbitradores en su caso) proveer, libre pero ineludiblemente, sobre la vigencia de los ordenamientos normativos de los contratos de trabajo, sin otro límite que la Constitución. El Código, al instituir el plazo presuntivo de seis meses (Art. 477), las prórrogas semestrales automáticas (Art. 478) y el plazo máximo de dos años para los fallos de Tribunales obligatorios (Art. 461), cambió el sistema de temporaneidad esencial de las convenciones colectivas por el de su duración presuncional, indefinidamente prorrogable por ministerio de la ley. Pero mantuvo todavía la posibilidad de su extinción por denuncia unilateral hecha por escrito, ante autoridad competente, dentro de los últimos sesenta días del plazo cursante: 'Formulada así la denuncia de la convención colectiva, ésta terminará a la expiración del respectivo plazo' (Art. 479 original).

"6. El Decreto 616 de 1954 introdujo en el sistema otro cambio todavía más radical, cuando sustituyó la disposición que acaba de copiarse, por la que reza: 'formulada así la denuncia de la convención colectiva, ésta continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención' (Art. 14, hoy 479-2 del Código). Quedó así implantada lo que han dado en llamar nuestros comentaristas la **convención eterna**, pues, basta que la parte favorecida con una norma convencional o arbitral se niegue a modificarla para que subsista indefinidamente, o, al menos, hasta la desaparición del otro contratante o la clausura de la empresa. Si (en tratándose de estipulaciones económicas, cuya persistencia debe condicionarse a situaciones previsibles) la innovación fue plausible o no; si la perspectiva de una duración indefinida del convenio de intereses facilita o dificulta la negociación colectiva, son aspectos que no corresponde a la Sala examinar. Lo importante es destacar que éste es actualmente el régimen legal.

"Pero sea de ello lo que fuere, los antecedentes anotados sirven para poner de manifiesto la diferencia entre el **término**, propiamente dicho, de la convención o el laudo (ya sea el inicial, o el que resulte de las prórrogas automáticas semestrales, a falta de la denuncia, pues la omisión de esta última es también una expresión de voluntad), y la prolongación provisional ordenada por el Decreto 616 de 1954, respecto a las convenciones y laudos oportunamente denunciados por cualquiera de las partes, la institución de la denuncia, que el Código conserva, debe tener alguna eficacia. Antes de 1954, élla bastaba para ponerle fin a la situación preexistente. Después de 1954, ya no es bastante, pues se requiere que además sobrevenga una nueva convención (o un nuevo laudo, en su caso). Sin embargo, no ha dejado de ser lo que siempre ha sido: La manifestación inequívoca de una protesta

contra lo existente, la expresión de un claro propósito de modificar las condiciones en vigor.

"8. No puede ser entonces una misma la solidez, la intangibilidad de la convención colectiva no denunciada (y por tanto prorrogada con la anuencia de los contratantes) y la de la convención oportunamente denunciada por una de las partes o por ambas. El status provisorio, establecido por el Decreto de 1954, es esencialmente efímero, ya que carece del respaldo de uno de los pactantes, cuando menos: el denunciante.

"9. Todas las razones que sirvieron de soporte a la anterior jurisprudencia sobre la materia, conservan su validez en relación con el plazo, fijo o presuntivo, de la convención o el laudo. La fuerza obligatoria del pacto o de la decisión arbitral durante ese plazo no puede ser desconocida por ninguna de las partes, y su reforma sólo sería viable por la concurrencia de ambas voluntades. La ineptitud de la ley o de la sentencia arbitral para invadir el pretérito contractual y producir efectos sobre situaciones lícitamente definidas en aquel plazo, siguen siendo incuestionable. La inviolabilidad de los derechos adquiridos con justo título (y es justo título la convención o el laudo. por el término previsto) continúa tutelando el comercio jurídico.

"10. Pero, respecto del interregno, de ese vago período que se extiende entre el vencimimento del plazo de la convención o laudo oportunamente denunciados y la expedición del acto que deba reemplazarlos, sería excesivo hablar de 'derechos adquiridos' o de 'situación consolidada'. En virtud de la denuncia, quien la formula advierte a la contraparte que sólo se conforma con las normas preexistentes hasta el último día del plazo señalado; ni un día más allá; por eso pide su cambio. No puede haber sorpresa vitanda por ninguna modificación que afecte ese lapso. La denuncia no hacía sino anunciarla o exigirla. Y, si, por tratarse de conflictos colectivos de intereses, y no jurídicos, el laudo arbitral llega a invadir, total o parcialmente, el status económico provisorio, tampoco resultaría apropiado hablar de que se afecte el 'derecho adquirido' a no pagar ni un centavo más de lo que estuvo previsto que se pagara durante el plazo señalado por la convención o el laudo denunciados. El arbitrador, en este evento, no podrá obedecer sino a los dictados de la equidad; apreciar las necesidades de los trabajadores y la capacidad financiera de los empresarios; tomar en cuenta el grado de responsabilidad de cada una de las partes en la prolongación injustificada de la negociación colectiva o de los trámites del arbitramento; estudiar el petitum sindical, y decidir razonablemente sobre la fecha inicial de las nuevas condiciones de trabajo, sin afectar, desde luego, el verdadero plazo, fijo o presunto, de la convención o laudo que fuera objeto de la oportuna denuncia". (...). (Sentencia en homologación de 16 de diciembre de 1964, Sindicato de Trabajadores del Municipio de Sonsón).

A las razones expuestas en esa oportunidad, que la Sala reitera una vez más, conviene agregar el argumento específico derivado de la estipulación convencional de 1963. Si desde entonces The Royal Bank of Canada convino expresamente con la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios en que los salarios de los sindicalizados serían revisados "al año", "a partir del primero de septiembre de mil novecientos sesenta y tres" (cláusula décimatercera de la convención), fueron los propios contratantes quienes se anticiparon a fijar el primero de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro como fecha inicial de los salarios que se revisaran. De donde el laudo acusado no hizo más que respetar, aplicar y reproducir aquel convenio.

Por lo demás, no se observa ninguna irregularidad en la sentencia arbitral.

A mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA EXEQUIBLE el Laudo proferido el 17 de marzo de 1965 por el Tribunal Especial de Arbitramento convocado por Decreto Nº 107 del mismo año, y por tanto lo homologa.

Remítase al Ministerio del Trabajo copia de esta providencia y del fallo arbitral, para su custodia.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

Sala de Negocios Generales

Los extractos de las doctrinas sentadas por esta Sala, a cargo de Carlos Manuel Gutiérrez E., Relator Judicial Auxiliar de la Corte.

PETROLEOS

La Corte tiene libertad para apreciar la prueba legal de la propiedad de hidrocarburos, sin sujeción a la tarifa establecida por el artículo 36 del C. de Petróleos. — A la propiedad de hidrocarburos no le es aplicable el régimen que, para establecer el dominio frente al Estado, prevé la Ley 200 de 1936. — Notoriedad de los hechos históricos. — Estos como prueba en el proceso civil.

1. La Corte en algunas ocasiones aplicó lo dispuesto en el artículo 36 del Código de Petróleos en relación con la prueba de la propiedad privada de hidrocarburos, en los juicios adelantados ante ella.

No mantiene la Sala el criterio con que obró con anterioridad a 1959 en los casos aludidos, sino que acoge el que entiende que a ella no la obliga la regla mencionada, por lo cual tiene libertad para apreciar toda clase de pruebas conducentes a establecer que un predio salió del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por los siguientes motivos: 1. Es razonable que en la actuación administrativa, ante el Ministerio del ramo, sea exigible el título emanado del Estado o documentos públicos de origen oficial que acrediten su existencia, por el carácter administrativo de esa actuación y la índole sumaria de un procedimiento que no ofrece oportunidad para discutir con amplitud las cuestiones que puedan suscitarse sobre el dominio de inmuebles; pero otra es la situación que se contempla ante la Corte, donde las formas del juicio ordinario permiten controvertir ámpliamente las pruebas que se presenten, con miras a una decisión cuyo fin es precisamente definir la cuestión de propiedad, definición que naturalmente no compete a la autoridad administrativa.

Con el fin de otorgar la mayor protección a la propiedad particular de hidrocarburos, quiso la ley que cuando el derecho particular sea claro y evidente pueda ser reconocido por una simple providencia administrativa, para facilitar a los dueños la exploración y explotación de sus yacimientos evitándoles las dilaciones y trabas que implica la tramitación de un juicio; pero asimismo, para prevenir errores dentro de una actuación inadecuada para controvertir y analizar pruebas complementarias, con los que se causaría grave lesión a los intereses públicos, condicionó aquel reconocimiento a una tarifa de pruebas que por su índole permiten su inmediata apreciación por la autoridad administrativa. La estructura interna del proceso civil contra-

dictorio, en cambio, con la amplitud que ofrece para producir pruebas y debatirlas, es un seguro de acierto en la resolución judicial por la libertad del fallador para valorar la prueba legal sin otra restricción en los medios que la que resulta de la aplicación de los principios normativos que regulan su fuerza probatoria. Si la Corte no tuviese libertad para fundarse en medios instructorios distintos de los señalados en el artículo 36, la ley misma vendría a desvirtuar, sin finalidad alguna razonable, el propósito que la inspira, su razón de ser, cual es dar seguridad y completa protección al dominio particular del petróleo con mira al incremento de la industria. Sería este un caso de conflicto de los llamados **teleológicos** porque se suscitan respecto de la finalidad que persigue la regla legislada, mas no entre dos ordenamientos de contenido lógicamente compatible pero cuya aplicación en ciertos casos puede dar lugar a que la ejecución de una de ellas perjudique el fin presunto de la otra, sino —lo que sería inexcusable— de la aplicación de una disposición al caso concreto, pero en oportunidades sucesivas diferentes y en forma que resulta antinómica, por cuanto en la segunda las consecuencias de la ejecución de la ley se vuelven contra ésta para destruir los efectos que ella se propone. 2. El artículo 36 que establece la tarifa de pruebas forma parte del capítulo 5º del Decreto 1056 de 1953, que reglamenta la formulación de avisos para la exploración de fuentes de hidrocarburos y la revisión de los títulos que a ellos debe acompañar el avisante, y no del 4º que se refiere a la "tramitación de propuestas y oposiciones", lo que está diciendo que no es norma que obligue al órgano competente para tramitar tales oposiciones sino al encargado de recibir y tramitar los avisos y revisar los títulos para los fines previstos en el respectivo capítulo. 3. El criterio de que la tarifa de pruebas no obliga a la Corte, expuesto ya en otros fallos de la misma, entre ellos en la sentencia de la Sala de Negocios Generales de 15 de junio de 1937 (G. J. Nº 1927, Págs. 563, 564), fue el que inspiró a los autores de la ley 160 de 1936, como se desprende del siguiente paso de la exposición de motivos con que el Ministro de Industrias y Trabajo presentó al Congreso el respectivo proyecto: "(...) además de señalarle al ministerio las normas del procedimiento que debe adoptarse, era necesario determinar precisamente cuáles pruebas constituyen esta titulación perfecta, sobre las cuales pudiera fundar su resolución, al mismo tiempo que se indicara a los interesados con cuáles documentos deben presentarse a las autoridades administrativas en busca del reconocimiento de sus derechos (...) Considero necesario advertir que estas pruebas sólo obligan al ministerio y que están destinadas a ser apreciadas y aplicadas por el ministerio. El Poder Judicial, que es el que en definitiva debe entrar a juzgar estas cuestiones, queda con la natural libertad de apreciación de pruebas que el caso requiere, como en todos los demás que caen bajo su jurisdicción".

Pero que la tarifa de pruebas del artículo 36 no obligue a la Corte no quiere decir que lo mismo suceda con el precepto del artículo 5º de la Ley 160 de 1936. Este es de forzosa aplicación por la Sala, pues que consagra la garantía general de "los derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada"; y en él se define que "es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquiera otra causa legal". Prescribe la regla, consiguientemente, un régimen de excepción respecto del común establecido para el dominio, puesto que en punto a hidrocarburos no basta comprobar "un mejor derecho" sino que se requiere acreditar que los terrenos donde subyacen **"salieron legalmente del patrimonio nacional"**. No se trata simplemente de demostrar una mayor probabilidad de ser dueño que el contendor en la litis sino de poner en evidencia el hecho de que el Estado enajenó realmente el predio donde se encuentra el yacimiento.

2. Discrepan fundamentalmente el criterio de la Corte y el de la parte actora en cuanto a que a la propiedad de hidrocarburos le sea aplicable el régimen que para establecer el dominio territorial frente al Estado prevé la Ley 200 de 1936. Esta ley procede por el sistema de presunciones para acreditar el derecho mejor o más probable sobre la base de la explotación económica del suelo (L. 160, Art. 1º), y con buena sindéresis resulta obvio que la explotación económica de la superficie, si bien suficiente para crear un derecho al suelo, no puede serlo para crearlo sobre el subsuelo. En el caso de la Ley 200 el fundamento de la propiedad es la incorporación a la tierra del trabajo humano, y en sana lógica no puede entenderse que con la ratio legis de la ley la apropiación del suelo mediante el trabajo del poseedor pueda fundar también un derecho sobre riquezas minerales escondidas en el interior de la tierra a las cuales no se ha incorporado esfuerzo alguno. Disposiciones de la ley (Arts. 3º y 7º), por otra parte, subordinan en ciertos casos la presunción de dominio al fenómeno de la posesión inscrita por lapso suficiente para usucapir, y la prescripción extraordinaria no requiere la legitimidad del título o modo de adquisición, pues que sanea todo vicio; el estatuto sobre propiedad de hidrocarburos, en cambio, exige la legitimidad de la apropiación ("que... salieron legalmente del patrimonio nacional"), lo que implica un requerimiento expreso a presentar la prueba de que el acto o el hecho creadores de la respectiva situación jurídica son legítimos a la luz de la legislación vigente cuando se ejecutaron. Y sobre todo, lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 200 excluye toda posibilidad de aplicar sus disposiciones en juicios en que en cualquier forma se discute la propiedad del subsuelo.

En suma, si bien la Corte tiene libertad para apreciar la prueba legal de la propiedad de hidrocarburos, sin sujeción a la tarifa establecida en el artículo 36 del Código de Petróleos, esa prueba debe estar de todos modos dirigida a acreditar la existencia de un título o modo legítimo de adquisición. Valga como ejemplo el de las vinculaciones: si con cualquier especie probatoria se establece que un inmueble estuvo vinculado a un mayorazgo con anterioridad a la Ley de 10 de julio de 1824, forzoso es deducir la existencia de título legal, pues aquella vinculación lo hace suponer, ya que no podía efectuarse sin autorización de la Corona.

3. Como en el presente caso se trataría de fundamentar la solución de la litis en la verdad histórica, que es lo reiterada e insistentemente requerido por el actor, conviene comenzar por distinguir entre el grado de conciencia histórica a que pueda llegar el investigador de la conducta y de los hechos humanos, e incluso un pueblo en lo que se refiere a la notoriedad del suceso, y el grado de certeza jurídica que la ley exige al juez para proferir sentencia.

La historia es concreción de juicios sobre los acontecimientos que constituyen su trama, y al juicio histórico no le son ajenas la intuición del historiógrafo ni su peculiar interpretación de los hechos, por lo que la verdad, como él la concibe, tiene mucho de subjetivo; en cambio, el que de los hechos debe formarse el juzgador, deja poco ámbito a la intuición e interpretación personales, sino que, por el contrario, debe apoyarse siempre en pruebas objetivas que conduzcan a juicios de certeza de igual índole. El hecho procesal ha de ser admitido por el juez tal como en la causa aparece configurado por las pruebas producidas, no como debe de ser según su personal criterio; ni sobra añadir que debido al diferente carácter del juicio histórico y del juicio jurídico, las conclusiones del historiador están destinadas al examen crítico de los especialistas y a provocar controversias, mientras que las del juzgador se entienden como cosa juzgada. Por todo ello pudo decir Calamandrei que "el juicio del magistrado se apoya, como el del historiador en el conocimiento de datos concretos, que son por una parte los hechos de la causa, y por otra las leyes vigentes en el ordenamiento positivo; pero el campo dentro del cual puede moverse para la investigación de la certeza de estos datos históricos la actividad del juez, está delimitado por barreras ter-

minantes que el historiador ignora" (**Estudios de derecho procesal**, Buenos Aires, 1945, Pág. 111). Estas barreras terminantes que circunscriben la función judicial pero que, sin embargo, ignora el historiador, son las que a éste le permiten cierta discrecionalidad para valorar el hecho histórico y deducir consecuencias, mientras que al Juez le vedan emplear su fantasía e incluso su intuición para configurar el hecho procesal.

Se comprende entonces, por la manera como se forma la conciencia histórica, que los historiógrafos distingan la historia **mayor** de la que denominan **menor** o anecdótica, puesto que ésta se rodea de menos precauciones y cautela que aquélla para asegurarse de la verdad del hecho investigado. La historia mayor supone métodos científicos que no se exigen a la pequeña historia, que no siempre se cuida de la selección de las fuentes, ni de mencionarlas siquiera, menos aún de someterlas a riguroso examen crítico, y que no en todos los casos discierne con precisión las consejas (sagas) de los hechos demostrados. Entre las más frecuentes fuentes de la anecdótica se cuentan formas impersonales de transmisión oral, como el rumor, el mito, la leyenda, que no brindan mayor garantía de certidumbre. Algún historiador afirma que una de las tareas más difíciles de la crítica es la de separar lo legendario de lo histórico, y es así como se observa que el mismo don Juan Flórez de Ocariz, en cuya autoridad de cronista colonial se funda en parte —como se verá adelante— la peritación de los historiógrafos que han emitido concepto en este juicio, no desdeña mezclar en ocasiones, sin reserva alguna, lo verdadero con lo que no ha recibido cabal comprobación, lo que no ofrece duda para el moderno historiador con lo que permanece en la penumbra de la leyenda o ha sido revaluado o rectificado por la crítica. La grande y la pequeña historia difieren así por el grado de certeza que cada una requiere: el conocimiento de los hechos que a aquélla corresponden se funda en la cuidadosa selección de las fuentes y su valoración con rigor analítico, por lo que se tienen como racionalmente incontestables; el de los que a la segunda conciernen, en la verosimilitud de que hayan ocurrido a la luz de datos que no deben aceptarse sin reservas. Ahora, si lo que da al hecho histórico la calidad de notorio no es solamente que sea normalmente conocido "en el tipo medio de hombre perteneciente a un cierto círculo social y por esto dotado de una cierta cultura", sino también "el carácter de pacífica y desinteresada certeza que este conocimiento tiene ya dentro del círculo social del que es patrimonio común" (Calamandrei, Ob. Cit. Págs. 205 y 206), bien se comprende que sólo de los hechos pertenecientes a la historia mayor puede predicarse aquella calidad, no de los en que se ocupa el historiador especializado en forma simplemente incidental o que no aparecen completamente establecidos. Sólo de aquéllos puede decirse que, además de ser conocidos de manera general en cierta época y en determinado medio social, tiene el carácter de verdad inconcusa, dos notas sin las cuales no puede hablarse de hecho notorio.

Pues bien, no parece que sea discreto afirmar que las tradiciones de las haciendas sabaneras entran en la historia mayor de Colombia, sino que lo que con unas pocas de ellas se roza tienen mero carácter anecdótico, como que no son sino de ese orden los sucesos de índole doméstica que en alguna forma las vinculan a la historia nacional. No aparecen esos sucesos registrados siquiera en los libros de texto, por lo que no puede suponerse que sean conocidos del tipo medio de hombre, dotado de una cierta cultura, en el medio social colombiano, sino que apenas pertenecen al acervo de conocimientos de minorías especializadas o aficionadas a esa clase de estudios. Ni, por los motivos que se expondrán al hacer el examen de la peritación en que el actor funda su derecho a fallo favorable, la apropiación particular de todas las tierras de la Sabana por medio de un título o modo de adquirir legítimos tiene el carácter de incontestabilidad racional que se exige para que un hecho tenga la calidad de notorio.

Las reglas de la lógica formal que tienen aplicación en el ámbito de la actividad jurisdiccional para valorar los hechos de la causa no siempre conducen al resultado a

que se llega con las de la lógica abstracta que a veces se emplea en el campo de la investigación histórica. En éste, así como en el jurisdiccional, se procede, ciertamente, mediante raciocinios, pero mientras que los del historiógrafo pueden llevarlo a una certeza racional, el juez no puede ir más allá de la certeza formal a que le lleven los datos existentes en el proceso. Este debe obrar siempre a posteriori, sobre los datos que suministre la experiencia de los hechos ocurridos, en tanto que al historiador no le está vedado acudir a veces a las deducciones apriorísticas. Por eso el fallador no siempre llega a las mismas respuesta que el historiógrafo respecto de una misma cuestión. Razonar es proponerse interrogantes, y los que sobre el mismo hecho se proponen el jurista y el historiador no siempre coinciden. Cuando éste se pregunta, si por haber sido la Sabana de Bogotá la región interior del Nuevo Reino primeramente explorada y ocupada por españoles, y el asiento de los primeros pobladores, y muy feraces y promisorias sus tierras, y el clima sano, y Santa Fe la capital del Virreinato, no resulta verosímil que desde comienzos de la Colonia aquellas tierras fueran pedidas en merced al rey de España y concedidas por éste, naturalmente se responde que sí, porque realmente el hecho es muy verosímil, induciendo de esos datos la proposición universal de que desde entonces dejó de haber baldíos en aquella altiplanicie; pero cuando el Juez se plantea el mismo interrogante, para llegar a la conclusión que puede acoger no le basta aquel relativo conocimiento de causa, sino que antes ha de responderse otras cuestiones: en un tiempo en que sobraban tierras y faltaban labriegos, en que casi la totalidad de ellas se reputaban "de nadie", y en lugar tan distante de la vigilancia directa de la autoridad española metropolitana, algunas de esas tierras no pudieron pasar a poder de los conquistadores y colonos por procedimientos de hecho, sin que mediase título legítimo de adquisición? Los mismos mercenderos, no se vieron nunca tentados a extender sus posesiones más allá de las lindes señaladas en sus títulos, con la usurpación de los terrenos aledaños? Fueron el conquistador y el colono siempre respetuosos de las provisiones y órdenes de la Corona, en un tiempo en que respecto de su ejecución por las autoridades locales llegó a hacerse popular la frase "se obedece pero no se cumple", como enunciativa de un procedimiento frecuente?

La Corte ha expresado en numerosas ocasiones que "el texto e interpretación del artículo 722 del Código Judicial no cohiben al juez para analizar y apreciar los fundamentos del dictamen pericial, porque ese texto no es ni puede ser de aplicación mecánica, sino que su alcance y eficacia dependen no sólo del dictamen en sí mismo considerado sino de los fundamentos de éste", y las inferencias e inducciones de hechos concretoss que, sin embargo, no alcanzan a despejar dudas graves que dejan en suspenso el criterio del Juez, no pueden conducir a un fallo favorable aunque sean suficientes para llegar a la formulación de una proposición general que satisfaga la curiosidad del investigador histórico. Al Juez la ley le obliga a llegar a la certeza formal y no a la meramente racional que basta al historiador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintidós (22) de julio de mil novecientos sesenta y cinco (1965).

(Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo).

El abogado Eduardo Zuleta Angel, en ejercicio del poder que para el efecto le otorgó el señor Bernardo Herrera de La Torre, ciudadano mayor de edad y vecino de Bogotá, demandó ante esta Corte a la Nación porque, en juicio ordinario de única instancia, se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es de propiedad particular y no de propiedad nacional el petróleo que se encuentra en el subsuelo de la finca alinderada en el hecho segundo de esta demanda.

"Segundo. Que, en consecuencia se ordene excluir del contrato propuesto por la Texas Petroleum Company a que se refiere el punto primero de la presente demanda, la finca a que se refiere el punto segundo".

El demandante apoya las anteriores pretensiones en la siguiente relación fáctica:

"Primero. Por medio de Resolución número 867 de agosto 1º de 1958, el Ministerio de Minas y Petróleos admitió la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional registrada bajo el número 878, formulada por la Texas Petroleum Company el 26 de septiembre de 1956 sobre un globo de terreno de 49.996 hectáreas con 8.000 metros cuadrados, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Facatativá, San Francisco, Supatá, La Vega, Madrid, Subachoque y Sasaima en el Departamento de Cundinamarca y comprendido por los siguientes linderos:

" 'Como punto de referencia se toma el mojón astronómico denominado "Laguna Larga", ubicado en el Municipio de Madrid, al costado oriental de la carretera que de Bogotá conduce a Facatativá, y a unos 3½ kilómetros de la zona urbana de Madrid. Las coordenadas astronómicas del citado mojón son: Latitud, cuatro grados, cuarenta y cinco minutos, once segundos y un décimo de segundo al Norte del Ecuador (4º 45' 11.1" N.); longitud, cero grados, doce minutos, tres segundos y ocho décimas de segundo al Oeste de Bogotá (0º 12' 03.8" W.). Del mojón astronómico en referencia se traza una línea recta de ochocientos noventa y cinco metros y setenta y un centímetros (895.71 mts.) de longitud, con rumbo Noroeste de treinta y cinco grados, cuarenta y nueve minutos, treinta y seis segundos y cuatrocientas cuarenta y siete milésimas de segundo (N. 35º 49' 36.447" E.), hasta llegar al vértice indicado en el plano con la letra A, punto de partida de la alinderación de la propuesta. De aquí se traza una línea recta de quince mil seiscientos veinticuatro metros (15.624 mts.), con rumbo Noroeste de sesenta grados, cero minutos (N. 60º 00' W.), hasta encontrar el punto B. De aquí se continúa en línea recta de treinta y dos mil metros (32.000 mts.) y rumbo Noreste de treinta grados, cero minutos (N. 30º 00' E.), hasta en cóntrar el punto C. De este punto se sigue una línea recta de quince mil seiscientos veinticuatro metros (15.624 mts.), y un rumbo Sureste de sesenta grados, cero minutos (S. 60º 00' E,). hasta llegar al punto D. Y de aquí se continúa en línea recta de treinta y dos mil metros (32.000 mts.), con rumbo Suroeste de treinta grados, cero minutos (S. 60º 00' E.), hasta llegar al vértice marcado con la letra A, base de la alinderación de la propuesta'.

"Segundo. Dentro del lote a que se refiere el hecho anterior, hay una finca de propiedad de mi poderdante, denominada Barley, ubicada en jurisdicción del Municipio de Madrid, que tiene una cabida de ciento noventa y dos fanegadas (192 con ochocientas ochenta varas cuadradas (880 v2), que está formada por los antiguos potreros de San Antonio, El Cairo, El Llano, El Jardín (hoy subdivididos en muchos más), cuyos linderos son los siguientes: 'Desde el punto que hace esquina con la Hacienda de Laguna Grande o Laguna Larga y con tierras que fueron de Roberto Pardo y después de Gabriel F. Echeverry de los menores Jorge y Hernando Echeverry Vargas, tomando en dirección Norte callejón y vallado de por medio con tierras que fueron del señor Gabriel Pulido, luego siguiendo en dirección occidental por dicho callejón o vallado de por medio, con tierras de Fruto Pulido, luego siguiendo en dirección Norte, linda, vallado de por medio, con tierras de Fruto Pulido, hasta encontrar el Río Serrezuela; de aquí, río arriba, linda, río de por medio, con tierras de los señores Natalia Esguerra de Pulido, Aurelio Duarte y Nicanor García; de aquí volviendo en dirección Sur, linda con tierras de Francisco Vargas, vallado de por medio, hasta dar al callejón de que se ha hablado antes; de aquí por todo el callejón, a dar con tierras de Ramón Santos, siguiendo vallado de por medio en dirección oriental hasta dar con tierras que fueron de Roberto Pardo y luego de Gabriel F. Echeverry y de los menores Jorge y Hernando Echeverry Vargas; después siguiendo en dirección oriental-sur, linda, vallado de por medio, con las mismas tierras y luego siguiendo en dirección oriental hasta llegar al punto que sirve de partida'.

"Tercero. La finca a que se refiere el punto segundo salió del dominio del Estado muchísimo antes del 28 de octubre de 1873.

"Cuarto. La finca en cuestión, o sea la de propiedad de mi poderdante, fue explotada económicamente desde mucho antes del 11 de octubre de 1821, pues está situada en la Sabana de Bogotá, que ya se explotaba económicamente cuando llegó a ella Don Gonzalo Jiménez de Quesada, como lo sabe todo el que tenga siquiera rudimentos de Historia Patria.

"Quinto. El subsuelo de la finca a que se refiere el punto segundo es de propiedad particular, por lo arriba expuesto".

Admitida esta demanda, de ella se dio traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien la contestó, en nombre de la Nación, oponiéndose a las pretensiones formuladas, y negando los hechos alegados para sustentarla.

Recibidas las pruebas cuya práctica solicitó y obtuvo la parte actora y los alegatos de conclusión, y ejecutoriada la citación para sentencia, se procede a proferirla en consonancia con la siguiente motivación:

Las razones en que, en su alegato de bien probado, apoya la parte actora su derecho a un fallo favorable, son las que en seguida se resumen:

a) Que no es cierto que, como en reiteradas ocasiones lo ha sostenido la Corte, para probar el dominio frente al Estado sea necesario presentar título emanado del mismo Estado, pues tal prueba específica sólo es exigible en las diligencias de carácter administrativo en materia de propiedad de hidrocarburos.

b) Que, por regla general, probar el dominio equivale a probar un "mejor derecho" al bien que es objeto de la litis, por lo cual es admisible toda clase de pruebas.

c) Que con el dictamen de dos ilustres académicos de la historia se ha establecido en este juicio que con anterioridad al 28 de octubre de 1873 ya no había baldíos en la Sabana de Bogotá (donde queda ubicado el inmueble a que se refiere la demanda), sino que habían sido adjudicados a los conquistadores y colonos del Nuevo Reino, particular sobre el cual se expresa así el señor apoderado del demandante:

"Gracias a Dios en este caso, sin necesidad de que todas las pruebas se hubieran practicado puedo alegar en este asunto con tales elementos de convicción que no concibo cómo podría la Corte Suprema de Justicia desestimarlos para hacer lo que ha hecho en otros casos similares: desconocer el hecho evidente y elemental de que el 28 de octubre de 1873 no había baldíos en la Sabana de Bogotá. Aunque este hecho no necesitaba ser probado porque, como lo dice Kisch en su Derecho Procesal (página 196) 'ciertos hechos son de una naturaleza que no pueden ofrecer dudas al Tribunal. Se llaman hechos notorios, con notoriedad general ... porque su existencia consta históricamente...', conocida la jurisprudencia de esa respetable entidad sobre la materia quise producir la plena prueba sobre el particular y al efecto obtuve un dictamen de nadie menos que del doctor Guillermo Hernández de Alba el más ilustre de los historiadores de Colombia y el doctor Víctor Jiménez Suárez". "En materia de prueba de la propiedad y especialmente de prueba contra el Estado, en Colombia se ha incurrido tradicionalmente en el error de no tener nunca en cuenta que hay hechos pertenecientes a la historia elemental del país, que no necesitan ser probados judicialmente. Por ejemplo, nadie que tenga rudimentarios conocimientos sobre la historia de Colombia ignora que el 28 de octubre de 1873 no había terrenos baldíos en la Sabana de Bogotá. No se necesita para tener esa convicción rastrear en los archivos de la Colonia y en los cronistas de la época la historia de cada una de las grandes haciendas de la Sabana que aparece exhaustivamente ilustrada en numerosas obras. Basta el simple sentido común para saber que en 1873 —casi cuatro siglos después de la fundación de Bogotá— no podía haber terrenos baldíos en la zona plana, fértil, facilísima de cultivar y por añadidura muy sana, que le ha servido tradicionalmente de despensa a Bogotá y que le está sirviendo ahora para su desarrollo urbano".

Evidentemente, la Corte en algunas ocasiones aplicó lo dispuesto en el artículo 36 del Código de Petróleos en relación con la prueba de la propiedad privada de hidrocarburos, en los juicios adelantados ante ella.

No mantiene la Sala el criterio con que obró con anterioridad a 1959 en los casos aludidos, sino que acoge el que entiende que a ella no la obliga la regla mencionada, por lo cual tiene libertad para apreciar toda clase de pruebas conducentes a establecer que un predio salió del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por los siguientes motivos: 1. Es razonable que en la actuación administrativa, ante el ministerio del ramo, sea exigible el título emanado del Estado o documentos públicos de origen oficial que acrediten su existencia, por el carácter administrativo de esa actuación y la índole sumaria de un procedimiento que no ofrece oportunidad para discutir con amplitud las cuestiones que puedan suscitarse sobre el dominio de inmuebles; pero otra es la situación que se contempla ante la Corte, donde las formas del juicio ordinario permiten controvertir ampliamente las pruebas que se presenten, con mira a una decisión cuyo fin es precisamente definir la cuestión de propiedad, definición que naturalmente no compete a la autoridad administrativa.

Con el fin de otorgar la mayor protección a la propiedad particular de hidrocarburos, quiso la ley que cuando el derecho particular sea claro y evidente pueda ser reconocido por una simple providencia administrativa, para facilitar a los dueños la exploración y explotación de sus yacimientos evitándole las dilaciones y trabas que implica la tramitación de un juicio; pero asimismo, para prevenir errores dentro de una actuación inadecuada para controvertir y analizar pruebas complementarias, con los que sea causaría grave lesión a los intereses públicos, condicionó aquel reconocimiento a una tarifa de pruebas que por su índole permiten su inmediata apreciación por la autoridad administrativa. La estructura interna del proceso civil contradictorio, en cambio, con la amplitud que ofrece para producir pruebas y debatirlas, es un seguro de acierto en la resolución judicial por la libertad del fallador para valorar la prueba legal sin otra restricción en los medios que la que resulta de la aplicación de los principios normativos que regulan su fuerza probatoria. Si la Corte no tuviese libertad para fundarse en medios instructorios distintos de los señalados en el artículo 36, la ley misma vendría a desvirtuar, sin finalidad alguna razonable, el propósito que la inspira, su razón de ser, cual es dar seguridad y completa protección al dominio particular del petróleo con mira al incremento de la industria. Sería éste un caso de conflicto de los llamados **teleológicos** porque se suscitan respecto de la finalidad que persigue la regla legislada, mas no entre dos ordenamientos de contenido lógicamente compatible pero cuya aplicación en ciertos casos puede dar lugar a que la ejecución de una de ellas perjudique el fin presunto de la otra, sino —lo que sería inexcusable— de la aplicación de una disposición al caso concreto, pero en oportunidades sucesivas diferentes y en forma que resulta antinómica, por cuanto en la segunda las consecuencias de la ejecución de la ley se vuelven contra ésta para destruir los efectos que ella se propone. 2. El artículo 36 que establece la tarifa de pruebas forma parte del capítulo 5º del Decreto 1056 de 1953, que reglamenta la formulación de avisos para la exploración de fuentes de hidrocarburos y la revisión de los títulos que a ellos debe acompañar el avisante, y no del 4º que se refiere a la "tramitación de propuestas y oposiciones", lo que está diciendo que no es norma que obligue al órgano competente para tramitar tales oposiciones sino al encargado de recibir y tramitar los avisos y revisar los títulos para los fines previstos en el respectivo capítulo. 3. El criterio de que la tarifa de pruebas no obliga a la Corte, expuesto ya en otros fallos de la Corte, entre ellos en la sentencia de la Sala de Negocios Generales de 15 de junio de 1937 (G. J. Nº 1927, Págs. 563, 564), fue el que inspiró a los autores de la Ley 160 de 1936, como se desprende del siguiente paso de la exposición de motivos con que el Ministro de Industrias y Trabajo presentó al Congreso el respectivo proyecto: "(...) además de señalarle al ministerio las normas del procedimiento que debe adoptarse, era necesario determinar precisamente cuáles pruebas constituyen esta titulación perfecta, sobre las cuales pudiera fundar su resolución, al mismo tiempo que se indicara a los interesados con cuáles documentos deben pre-

sentarse a las autoridades administrativas en busca del reconocimiento de sus derechos (...) Considero necesario advertir que estas pruebas sólo obligan al ministerio y que están destinadas a ser apreciadas y aplicadas por el ministerio. El Poder Judicial, que es el que en definitiva debe entrar a juzgar estas cuestiones, queda con la natural libertad de apreciación de pruebas que el caso requiere, como en todos los demás que caen bajo su jurisdicción".

Pero que la tarifa de pruebas del artículo 36 no obligue a la Corte no quiere decir que lo mismo suceda con el precepto del artículo 5º de la Ley 160 de 1936. Este es de forzosa aplicación por la Sala, pues que consagra la garantía general de "los derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada"; y en él se define que "es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquiera otra causa legal". Prescribe la regla, consiguientemente, un régimen de excepción respecto del común establecido para el dominio, puesto que en punto a hidrocarburos no basta comprobar "un mejor derecho" sino que se requiere acreditar que los terrenos donde subyacen **"salieron legalmente del patrimonio nacional"**. No se trata simplemente de demostrar una mayor probabilidad de ser dueño que el contendor en la litis sino de poner en evidencia el hecho de que el Estado enajenó realmente el predio donde se encuentra el yacimiento. En lo cual el señor apoderado del actor coincide con la Sala cuando dice en su alegato: "(...) lo único que hay que probar es que el respectivo terreno salió legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y esta prueba puede producirse de muchas maneras, sin que la rama del poder público competente para ello, que es la judicial, esté sujeta a una tarifa de pruebas".

En lo que sí discrepan fundamentalmente el criterio de la Corte y el de la parte actora es en que a la propiedad de hidrocarburos le sea aplicable el régimen que para establecer el dominio territorial frente al Estado prevé la Ley 200 de 1936. Esta ley procede por el sistema de presunciones para acreditar el derecho mejor o más probable sobre la base de la explotación económica del suelo (L. 160, Arts. 1º), y con buena sindéresis resulta obvio que la explotación económica de la superficie, si bien suficiente para crear un derecho al suelo, no puede serlo para crearlo sobre el subsuelo. En el caso de la Ley 200 el fundamento de la propiedad es la incorporación a la tierra del **trabajo** humano, y en sana lógica no puede entenderse que con la **ratio legis** de la ley la apropiación del suelo mediante el trabajo del poseedor pueda fundar también un derecho sobre riquezas minerales escondidas en el interior de la tierra a las cuales no se ha incorporado esfuerzo alguno. Disposiciones de la ley (Arts. 3º y 7º), por otra parte, subordinan en ciertos casos la presunción de dominio al fenómeno de la posesión inscrita por lapso suficiente para usucapir, y la prescripción extraordinaria no requiere la **legitimidad** del título o modo de adquisición, pues que sanea todo vicio; el estatuto sobre propiedad de hidrocarburos, en cambio, exige la **legitimidad** de la apropiación ("que (...) salieron legalmente del patrimonio nacional"), lo que implica un requerimiento expreso a presentar la prueba de que el acto o el hecho creadores de la respectiva situación jurídica son legítimos a la luz de la legislación vigente cuando se ejecutaron. Y sobre todo, lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 200 excluye toda posibilidad de aplicar sus disposiciones en juicios en que en cualquier forma se discute la propiedad del subsuelo.

En suma, si bien la Corte tiene libertad para apreciar la prueba legal de la propiedad de hidrocarburos, sin sujeción a la tarifa establecida en el artículo 36 del Código de Petróleos, esa prueba debe estar de todos modos dirigida a acreditar la existencia de un título o modo legítimo de adquisición. Valga como ejemplo el de las vinculaciones: si con cualquier especie probatoria se establece que un inmueble estuvo vinculado a un mayorazgo con anterioridad a la Ley de 10 de julio de 1824, forzoso es deducir la existencia de título legal, pues aquella vinculación lo hace suponer, ya que

no podía efectuarse sin autorización de la Corona.

En este punto es ya pertinente examinar si en los autos se halla establecido el hecho principal controvertido, por su notoriedad o con la prueba pericial que obra en el expediente.

Como se trataría de fundamentar la solución de la litis en la verdad histórica, que es lo reiterada e insistentemente requerido por el señor apoderado de la parte demandante, conviene comenzar por distinguir entre el grado de conciencia histórica a que pueda llegar el investigador de la conducta y de los hechos humanos, e incluso un pueblo en lo que se refiere a la notoriedad del suceso, y el grado de certeza jurídica que la ley exige al juez para proferir sentencia.

La historia es concreción de juicios sobre los acontecimientos que constituyen su trama, y al juicio histórico no le son ajenas la intuición del historiógrafo ni su peculiar interpretación de los hechos, por lo que la verdad, como él la concibe, tiene mucho de subjetivo; en cambio, el que de los hechos debe formarse el juzgador, deja poco ámbito a la intuición e interpretación personales, sino que, por el contrario, debe apoyarse siempre en pruebas objetivas que conduzcan a juicios de certeza de igual índole. El hecho procesal ha de ser admitido por el juez tal como en la causa aparece configurado por las pruebas producidas, no como debe ser según su personal criterio; ni sobra añadir que debido al diferente carácter del juicio histórico y del juicio jurídico, las conclusiones del historiador están destinadas al examen crítico de los especialistas y a provocar controversias, mientras que las del juzgador se entienden como cosa juzgada. Por todo ello pudo decir Calamandrei que "el juicio del magistrado se apoya, como el del historiador, en el conocimiento de datos concretos, que son por una parte los hechos de la causa, y por otra las leyes vigentes en el ordenamiento positivo; pero el campo dentro del cual puede moverse para la investigación de la certeza de estos datos históricos la actividad del juez, está delimitado por barreras terminantes que el historiador ignora" (**Estudios de derecho procesal**, Buenos Aires, 1945, Pág. 111). Estas barreras terminantes que circunscriben la función judicial pero que, sin embargo, ignora el historiador, son las que a éste le permiten cierta discrecionalidad para valorar el hecho histórico y deducir consecuencias, mientras que al juez le vedan emplear su fantasía e incluso su intuición para configurar el hecho procesal.

Se comprende entonces, por la manera como se forma la conciencia histórica, que los historiógrafos distingan la historia mayor de la que denominan menor o anecdótica, puesto que ésta se rodea de menos precauciones y cautela que aquélla para asegurarse de la verdad del hecho investigado. La historia mayor supone métodos científicos que no se exigen a la pequeña historia, que no siempre se cuida de la selección de las fuentes, ni de mencionarlas siquiera, menos aún de someterlas a riguroso examen crítico, y que no en todos los casos discierne con precisión las consejas (sagas) de los hechos demostrados. Entre las más frecuentes fuentes de la anecdótica se cuentan formas impersonales de transmisión oral, como el rumor, el mito, la leyenda, que no brindan mayor garantía de certidumbre. Algún historador afirma que una de las tareas más difíciles de la crítica es la de separar lo legendario de lo histórico, y es así como se observa que el mismo don Juan Flórez de Ocariz, en cuya autoridad de cronista colonial se funda en parte —como se verá adelante— la peritación de los historiógrafos que han emitido concepto en este juicio, no desdeña mezclar en ocasiones, sin reserva alguna, lo verdadero con lo que no ha recibido cabal comprobación, lo que no ofrece duda para el moderno historiador con lo que permanece en la penumbra de la leyenda o ha sido revaluado o rectificado por la crítica. La grande y la pequeña historia difieren así por el grado de certeza que cada una requiere: el conocimiento de los hechos que a aquélla corresponden se funda en la cuidadosa selección de las fuentes y su valoración con rigor analítico, por lo que se tienen como racionalmente incontestables; el de los que a la segunda conciernen, en la verosimilitud de que hayan ocurrido a la luz de datos que no deben aceptarse sin reservas. Ahora, si lo que da al hecho histórico la calidad de

notorio no es solamente que sea normalmente conocido "en el tipo medio de hombre perteneciente a un cierto círculo social y por ésto dotado de una cierta cultura", sino también "el carácter de pacífica y desinteresada certeza que este conocimiento tiene ya dentro del círculo social del que es patrimonio común" (Calamandrei, ob. cit., págs. 205 y 206), bien se comprende que sólo de los hechos pertenecientes a la historia mayor puede predicarse aquella calidad, no de los en que se ocupa el historiador especializado en forma simplemente incidental o que no aparecen completamente establecidos. Sólo de aquéllos puede decirse que, además de ser conocidos de manera general en cierta época y en determinado medio social, tiene el carácter de verdad inconcusa, dos notas sin las cuales no puede hablarse de hecho notorio.

Pues bien, no parece que sea discreto afirmar que las tradiciones de las haciendas sabaneras entran en la historia mayor de Colombia, sino que lo que con unas pocas de ellas se roza tienen mero carácter anecdótico, como que no son sino de ese orden los sucesos de índole doméstica que en alguna forma las vinculan a la historia nacional. No aparecen esos sucesos registrados siquiera en los libros de texto, por lo que no puede suponerse que sean conocidos del tipo medio de hombre, dotado de una cierta cultura, en el medio social colombiano, sino que apenas pertenecen al acervo de conocimientos de minorías especializadas o aficionadas a esa clase de estudios. Ni, por los motivos que se expondrán al hacer el examen de la peritación en que el actor funda su derecho a fallo favorable, la apropiación particular de todas las tierras de la Sabana por medio de un título o modo de adquirir legítimos tiene el carácter de incontestabilidad racional que se exige para que un hecho tenga la calidad de notorio.

El dictamen de los señores Hernández de Alba y Jiménez Suárez dice así:

"En nuestro carácter de peritos nombrados por la Nación y por la parte actora, tenemos el honor de rendir a continuación, el concepto correspondiente al Cuestionario que obra en el Folio Nº 1 y siguientes del Cuaderno Nº 4 del expediente.

"Al punto primero contestamos: Es evidente que en la altiplanicie de Bogotá y especialmente en las regiones de Serrezuela o Madrid y Funza, no se ha hecho ninguna adjudicación de baldíos con posterioridad al 28 de octubre de 1873, por las siguientes razones:

"a) Porque en la Sabana de Bogotá y en la jurisdicción de los municipios citados, no existían en el año de 1873 terrenos baldíos.

"b) No podían existir, por tratarse precisamente de una de las zonas agrícolas y ganaderas más intensamente laboradas en Colombia desde la época prehistórica; y

"c) Por corresponder a la inmediata jurisdicción de la Ciudad Capital del Nuevo Reino de Granada, hoy Colombia, la más antigua fundación española del interior del país y la más importante desde su nacimiento, por haber sido establecida precisamente en la misma 'sede del sojuzgado' Imperio Chibcha o Muisca', territorio densamente poblado y cultivado por los indígenas, con uno de los climas más benignos encontrados por los españoles y por la fertilidad de sus tierras, propias para toda clase de cultivos y de pastos para el pastoreo de ganados mayor y menor.

"**Segundo.** A este punto contestamos: Es evidente que todas las tierras de dicha Altiplanicie y especialmente las de la región que se pregunta en el Punto Primero, salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Se deduce:

"a) Por el anterior razonamiento.

"b) Porque dichas tierras fueron las primeras en el interior del país sobre las cuales se ejerció la rigurosa legislación española sobre la materia. Incorporadas a la Corona en el momento mismo de descubrirlas y tomar posesión de ellas en nombre de los Reyes de España, quedaron sometidas a normas precisas y exactas, según las cuales fueron distribuidas así:

"1º Reservando para el beneficio de los indígenas, las que ellos ocupaban y beneficiaban con sus labranzas, distinguidas con el nombre de 'Resguardos'.

"2º Las que fueron señaladas como jurisdicción de la entidad jurídica naciente

denominada 'Cabildo', Justicia' y 'Regimiento'.

"3º Las que se adjudicaron a los primeros pobladores, con la denominación de 'Estancias de Ganado Mayor', 'Menor', 'Caballerías', etc., y,

"4º Las sobrantes denominadas realengas, reservadas para hacer merced de ellas a nuevos colonos y patricios importantes de la Nueva Fundación, así como a las comunidades religiosas y a las nuevas parroquias o pueblos sede de las Encomiendas, confiadas a los primeros conquistadores y sus descendientes, para cultivarlas y que se beneficiaran del trabajo de los indígenas.

"c) Por el establecimiento simultáneo con la fundación, de nuevos Cabildos, de la institución de las escribanías reales públicas o Notarías, para el registro de escrituras públicas, único título legal después de hecha la merced real, de traspasar por compraventa, donación, etc., las tierras salidas del patrimonio del Estado. Circunstancias éstas que recaen plenamente en las tierras de la Sabana de Bogotá, y desde luego, sobre las de Serrezuela y Bacatá, Bogotá o Funza, nombres que distinguieron la Capital del Imperio Chibcha.

"Al punto tercero. Es evidente que desde mucho antes del año de 1821, todas esas tierras estaban explotadas económicamente. Esta afirmación está demostrada con sobrados testimonios históricos éditos e inéditos.

"Las tierras de la altiplanicie de Bogotá, estaban explotadas económicamente con mucha anterioridad a la conquista española, por la Nación Muisca o Chibcha, cuya capital política o 'sede del zipazgo' estaba en el actual Municipio de Funza, denominado como queda dicho Bogotá, Bacatá y hoy Funza, que dio su nombre a toda la llanura o altiplano de Bogotá y a la Capital de la República, y cuya jurisdicción inmediata incorporaba todas las tierras del actual Municipio de Serrezuela, así llamado o denominado por los pobladores españoles. La importancia de esta región quedó establecida desde el arribo de los expedicionarios Gonzalo Jiménez de Quesada, Belalcázar y Federmann, cuyas huestes coincidieron casualmente en el altiplano en el mes de abril de 1539, al verificarse la fundación jurídica de Santa Fe de Bogotá, futura metrópoli colombiana. 'Valle de los Alcázares' denominó Jiménez de Quesada a la Sabana de Bogotá, por las innumerables y grandiosas construcciones indígenas que en ella encontró.

"En la primera relación oficial del descubrimiento y conquista del reino de los Chibchas, escrita por los oficiales reales Juan de San Martín y Antonio de Lebrija a la Real Audiencia de Santo Domingo, sucesos en los que tomaron parte en representación de la persona misma del Rey, documento cuyo original se conserva en el Archivo General de Indias de Sevilla, Sección de Patronato, legajo 27, Ramo 16, se refiere así a la numerosa población de Bacatá y sus tierras aledañas.

"Llegados a estos pueblos de la sal (los de Nemocón y Zipaquirá), ya aquí mostró la tierra lo que en ella había y lo que había delante, porque era muy gruesa y de muchos indios, y la manera de los edificios de casas diferentes de los que hasta entonces habíamos hallado. En especial una jornada más adelante del dicho pueblo de la sal entramos en la tierra del más principal señor que hay en ella, que se dice Bogotá. Y bien mostró ser así, porque le hallamos una casa de su aposento que, para ser de paja, se podría tener por una de las mejores que se han visto en Indias. (...)".

"Este Bogotá, es el mayor señor que hay en esta tierra, porque le son sujetos otros muchos señores y muy principales de ella. Tiene fama de muy rico, porque dicen los naturales de la tierra, que tiene una casa de oro y mucho número de piedras esmeraldas, muy ricas. Honrarle demasiadamente sus vasallos, porque en la verdad, en este Nuevo Reino, son los indios muy sujetos a sus señores. Ha sujetado y tiene tiranizada mucha parte de esta tierra..."

"A este documento de tan singular importancia por tratarse del primer testimonio oficial de la conquista del interior del país, agregamos otro de no menor valor probatorio, como que es escrito por el propio Fundador de Bogotá don Gonzalo Jiménez de Quesada, relación conocida con los nombres de 'Epítome' y 'Gran Cuaderno', cuyos apartes podrán leerse en la respuesta a la Quinta Cuestión.

"Al cuarto punto. Es evidente que todas las tierras en referencia, fueron legalmente adjudicadas, desde los primeros tiempos de la Colonia y en gran parte a los mismos conquistadores españoles que acompañaron a Don Gonzalo Jiménez de Quesada, como Don Antón de Olalla ú Olaya. A este ilustre conquistador, Alférez o Abanderado del General Jiménez de Quesada, a quien acompañó en la fundación de Bogotá y en otras empresas de conquista y colonización, correspondió el más importante repartimiento de indios, o sea la "Encomienda de Bogotá" hoy Funza, que dio origen a una de las propiedades agrícolas y ganaderas más importantes de la Sabana, y sobre cuyas dilatadas tierras uno de sus descendientes fundó pingüe mayorazgo, cuyo usufructo se prolongó hasta la extinción de esta clase de vínculos, ordenada por disposición emanada del Congreso de la Gran Colombia. El Capitán Olalla, como consta de documentos del Archivo Nacional (Encomiendas, Fl. XXVI, folio 890) trajo del exterior, para beneficio de su hacienda en la Sabana de Bogotá, 'semillas, ganado vacuno, yeguas y ovejas de buenas razas con lo cual —escribe el historiador Raimundo Rivas en su excelente obra 'Los Fundadores de Bogotá'—, prestó gran servicio a la incipiente agricultura y a la ganadería del país'. No debe olvidarse que sus extensas haciendas, acrecentadas por sus descendientes —llegó a ser el más rico vecino de Santa Fe—, constituyeron las célebres Dehesas de Bogotá, proveedoras por contrato del ganado para ser sacrificado en la ciudad Capital; ni tampoco que ellas, constituyeron el vínculo sobre el cual se creó el "Marquesado de San Jorge de Bogotá" en la segunda mitad del Siglo XVIII.

"Como el caso del Cap. Olalla, es idéntico el del 'Encomendadero de Serrezuela' el Conquistador Alonso o Alfonso Díaz, de quien escribe el ilustre Secretario de Cámara de la Real Audiencia Don Juan Flórez de Ocáriz en su 'Libro Segundo de las Genealogías del Nuevo Reino de Granada', Arbol Sexto, de Juan de Céspedes, página 81, párrafo 20:

"... El Alfonso Díaz se ocupó en conquistas de la Provincia de Santa Marta y el Río Grande de la Magdalena, a cuya margen ayudó a poblar el Pueblo de Santiago, y subió el río con el Capitán 'Valdés y Alonso Xuárez, que venía por Teniente de Governador; asistió a la conquista de Guane y entró a Santa Fe con su mujer Leonor Gómez y su sobrina Mari Díaz año de mil quinientos y quarenta y uno; acudió a la población de la Ciudad de Tocayma, y al socorro del Virrey Blasco Núñez Vela, y contra el tirano Alvaro de Hoyón, dio un soldado armado y costeado; y de su matrimonio tuvo hijo; encomendole la Real Audiencia por título de veinte y dos de abril de mil y quinientos y cincuenta y tres los Capitanes Cispera, Caguapaba, Tibaytatá, que después se llamó el Pueblo de la Serrezuela en la Sabana de Bogotá, de que hizo dejación Alonso de Olalla para que se le diesen: fue su hija Catalina Díaz, mujer de Bartolomé Martín sin sucesión; y por aver supervivídola los padres, sucedió la Leonor Gómez al marido en la Encomienda, y hizo dejación de ella para q'se diese a Ana Gómez de Melo, hija de Marí Díaz y de Antón Martín de Melo Samapaho su marido, que fue de los Conquistadores de Tocayma, donde se le dio Encomienda; y governando estas Provincias el doctor Antonio González enconmendó la Serrezuela a Juan de Melo Sampayo, hijo de los mismos...

"De este tan autorizado testimonio se deduce cómo en la actual jurisdicción del Municipio de Serrezuela o Madrid, existían tres parcialidades o pueblos de Indios, de una de las cuales queda aún el sonoro nombre de 'Tibaytatá' mientras los demás fueron absorbidos por el nombre general de la Serrezuela de Juan de Melo. En ella no solo obtuvo el Conquistador Alonso Díaz, en cuyos descendientes se continuó hasta la primer mitad del Siglo XVII, el uso de la Encomienda, sino también merced de tierras para su beneficio particular y de sus herederos, tal como consta por documentos del Archivo Nacional, aprovechados por el cronista e historiador D. Camilo Pardo al escribir la 'Historia de la Estancia de Serrezuela', Capítulo II de su libro 'Haciendas de la Sabana'. En esta misma obra alude a la Hacienda, materia del litigio que origina el presente peritazgo, o sea, la de Barley, citada en la página 227.

"Como estos dos casos, los más notorios e indicados en esta oportunidad, ocurrieron

iguales en otros lugares de la diltada extensión de la Sabana de Bogotá. Solamente nos resta agregar que donde existió Encomienda, existieron poblaciones indígenas suficientemente numerosas como para constituir su administración o Encomienda, un 'premio' al Conquistador español.

"**A la quinta pregunta.** Si es también evidente que cuando Don Gonzalo Jiménez de Quesada llegó a la altiplanicie de Bogotá estaba ésta explotada ya económicamente por los aborígenes que tenían extensas sementeras de maíz, de papa y de otros productos, contestamos con las propias palabras del Fundador de Bogotá en su precioso "**epítome de la conquista del Nuevo Reino de Granada**", que escribió para el uso del Cronista Oficial de Indias Don Gonzalo Fernández de Oviedo, quien al citarlo en su obra lo llama a su vez 'Gran Cuaderno'.

"Esta tierra, coom está dicho, es fría, pero tan templadamente que no da el frío enojo ninguno, y no deja de saber bien la lumbre cuando se llega a ella. Y todo el año es de esta manera uniforme, porque aunque hay verano y se agosta la tierra, no es para que se haga notablemente diferencia del verano al invierno. Los días son iguales a las noches por todo el año, por estar tan cerca de la línea. Es tierra en extremo sana sobre todas cuantas se han visto.

"Las maneras de sus casas y edificios, aunque son de madera y cubiertas de heno largo que allá hay, son de la más extraña hechura y labor que se ha visto, especialmente la de los caciques y hombres principales, porque son a manera de alcázares, con muchas cercas alrededor, de la manera que acá (España) suelen pintar el laberinto de Troya. Tiene grandes patios, la casa de muy grandes molduras y de bulto, y también pinturas por todas ellas.

"Las comidas de estas gentes, son las de otras partes de Indias, porque su principal mantenimiento es maíz y yuca. Sin esto tienen otras 2 o 3 maneras de plantas de que se aprovechan mucho para sus mantenimientos, que son unas a manera de turmas de tierra, que llaman **ionas**, y otras a manera de nabos que llaman **cubias**, que echan en sus guisados y les es gran mantenimiento. Sal hay infinita, porque se hace allí en la misma tierra de Bogotá, de unos pozos que hay salados en aquella tierra, a donde se hacen grandes panes de sal y en grande cantidad, la cual, por contratación por muchas partes, especialmente por las sierras de Opón, va a dar al Río Grande, como ya está dicho.

"Las carnes que comen los indios en aquella tierra son venados, de que hay infinidad, en tanta abundancia que les basta a mantener como acá los ganados. Asimismo comen unos animales a manera de conejos, de que también hay muy gran cantidad, que llaman ellos "**fucos**". Y en Santa Marta y en la costa de la mar también los hay, y los llaman "**curíes**". Aves hay pocas tórtolas, hay algunas "**ánades de agua**", hay mediana copia de ellas que se crían en las lagunas, que hay por allí muchas. Pescado se cría en los ríos y lagunas que hay en aquel reino. Y aunque no es en gran abundancia, es lo mejor que se ha visto jamás, porque es de diferente gusto y sabor de cuantos se han visto. Es sólo un género de pescado y no grande, sino de un palmo y de dos y de aquí no pasa, pero es admirable cosa de comer (...).

"**Al punto sexto.** A manera de colofón de todo lo anterior, hacemos constar que todos los hechos a que se refieren los puntos anteriores, son evidentes, porque sobre ellos no dejan duda los Documentos de los Archivos Nacionales de Colombia y General de Indias, de Sevilla; entre los de este último los publicados en el Vol. V de la obra "Documentos inéditos para la Historia de Colombia coleccionados en el Archivo General de Indias de Sevilla por al Académico Correspondiente Juan Friede, de orden de la Academia Colombiana de Historia (1538-1540)" en la parte referente al "Valle de Bogotá" y Provincia de su nombre, Son además, testimonio de verdad, las variadas crónicas e historias escritas y publicadas durante la época colonial y que se refieren especialmente a las Provincias del interior que se llamaron **Nuevo Reino de Granada**, v.g. Fray Pedro de Aguado en su "Recopilación Historial", D. Juan de Castellanos en la Cuarta Parte de su obra de-

dicada a la "Historia del Nuevo Reino de Granada". Fray Pedro Simón, O. F. M. en su "Segunda Noticia Historial", donde trata de los usos, costumbres y religión de los Chibchas así como de su conquista por las tropas de Jiménez de Quesada. El Iltmo. Sr. Obispo Lucas Fernández de Piedrahita, en su celebrada obra "Historia General de las Conquistas del Nuevo Reino de Granada", especialmente en los Libros IV, V y VI, donde trata la historia del descubrimiento del reino de los Chibchas, para cuya redacción se valió principalmente de un manuscrito inédito, que encontró en la ciudad de Madrid por los años de 1660, titulado "Compendio historial de las conquistas del Nuevo Reino" que hizo, escribió y remitió a España el Adelantado Don Gonzalo Jiménez de Quesada, según sus propias palabras.

"Entre las obras publicadas durante el Siglo XVII pocas merecen tanto crédito, por estar, como las ya citadas, fundadas en documentos oficiales que el propio autor tenía a su cuidado como Secretario de Cámara del Nuevo Reino de Granada, como los dos libros de las "Genealogías" compuestos por D. Juan Flórez de Ocariz.

"A esta lista se pueden agregar con justicia los que cita la parte actora en su Memorial, haciendo nosotros especial mención de la obra del doctor Raimundo Rivas, Académico de tantos títulos, "Fundadores de Bogotá" donde con documentos incontrovertibles, consultados por él en Colombia y España, escribió la vida y se ocupó de la suerte de los Conquistadores que acompañaron a Jiménez de Quesada en la memorable Fundación de Bogotá, casi todos Encomenderos avecindados en esta Ciudad, los primeros por consiguiente, en recibir mercedes de tierras, huertas y solares a todo lo largo y ancho de la Gran Sabana de Bogotá, en aquellas porciones que no estaban a la sazón ocupadas por los aborígenes y que les fueron amparadas bajo el título de Resguardos. Todo y todos, confirman la secular explotación económica de la Altiplanicie, hecho histórico indudable como queda demostrado con las citas que hacemos y que podríamos ampliar considerablemente, si así lo estimare esa Honorable Corte".

Las reglas de la lógica formal que tienen aplicación en el ámbito de la actividad jurisdiccional para valorar los hechos de la causa no siempre conducen al resultado a que se llega con las de la lógica abstracta que a veces se emplea en el campo de la investigación histórica. En éste, así como en el jurisdiccional, se procede, ciertamente, mediante raciocinios, pero mientras que los del historiógrafo pueden llevarlo a una certeza racional, el juez no puede ir más allá de la certeza formal a que le lleven los datos existentes en el proceso. Este debe obrar siempre a posteriori, sobre los datos que suministre la experiencia de los hechos ocurridos, en tanto que al historiador no le está vedado acudir a veces a las deducciones apriorísticas. Por eso el fallador no siempre llega a las mismas respuestas que el historiógrafo respecto de una misma cuestión. Razonar es proponerse interrogantes, y los que sobre el mismo hecho se proponen el jurista y el historiador no siempre coinciden. Cuando éste se pregunta, si por haber sido la Sabana de Bogotá la región interior del Nuevo Reino primeramente explorada y ocupada por españoles, y el asiento de los primeros pobladores, y muy feraces y promisorias sus tierras, y el clima sano, y Santa Fé la capital del Virreinato, no resulta verosímil que desde comienzos de la Colonia aquellas tierras fueras pedidas en merced al rey de España y concedidas por éste, naturalmente se responde que sí, porque realmente el hecho es muy verosímil, induciendo de esos datos la proposición universal de que desde entonces dejó de haber baldíos en aquella altiplanicie; pero cuando el juez se plantea el mismo interrogante, para llegar a la conclusión que puede acoger no le basta aquel relativo conocimiento de causa, sino que antes ha de responderse otras cuestiones: en un tiempo en que sobraban tierras y faltaban labriegos, en que casi la totalidad de ellas se reputaban "de nadie", y en lugar tan distante de la vigilancia directa de la autoridad española metropolitana, algunas de esas tierras no pudieron pasar a poder de los conquistadores y colonos por procedimientos de hecho, sin que mediase título legítimo de adquisición? Los mismos mercenderos, no se vieron nunca

tentados a extender sus posesiones más allá de las lindes señaladas en sus títulos, con la usurpación de los terrenos aledaños? Fueron el conquistador y el colono siempre respetuosos de las provisiones y órdenes de la Corona, en un tiempo en que respecto de su ejecución por las autoridades locales llegó a hacerse popular la frase "se obedece pero no se cumple", como enunciativa de un procedimiento frecuente?

La Corte ha expresado en numerosas ocasiones que "el texto e interpretación del artículo 722 del Código Judicial no cohiben al juez para analizar y apreciar los fundamentos del dictamen pericial, porque ese texto no es ni puede ser de aplicación mecánica, sino que su alcance y eficacia dependen no sólo del dictamen en sí mismo considerado sino de los fundamentos de éste", y las inferencias e inducciones de hechos concretos que, sin embargo, no alcanzan a despejar dudas graves que dejan en suspenso el criterio del juez, no pueden conducir a un fallo favorable aunque sean suficientes para llegar a la formulación de una proposición general que satisfaga la curiosidad del investigador histórico. Al juez la ley le obliga a llegar a a certeza formal y no a la meramente racional que basta al historiador.

Respecto de la posibilidad de que la prescripción haya sido el medio legítimo de adquisición en este caso, la Corte, en sentencia de esta Sala de 13 de septiembre de 1963, pronunciada en el juicio ordinario de Mercedes Pava de Barrero contra la Nación, llegó a conclusiones que, aplicadas en este proceso, la descartan por completo, ya que sólo en casos muy excepcionales —entre los cuales no se halla el presente— las leyes reconocieron la prescripción como modo de adquirir el dominio del subsuelo. Pero además, es claro que una proposición de carácter universal, aunque haya sido inducida de ciertas circunstancias particulares de hecho, no puede tener por sí sola eficacia suficiente para establecer la consumación de la prescripción respecto de un predio que bien puede ser una excepción a la regla contenida en la aludida proposición. La adquisición por prescripción supone la prueba objetiva de la posesión por tiempo determinado en el caso concreto, y excluye la de inferencias o inducciones y deducciones de orden meramente racional como las que se pretende hacer valer en este negocio.

Por lo demás, ni aún la propiedad actual del demandante sobre el predio objeto de la litis aparece acreditada en los autos, ya que no se produjeron los instrumentos públicos con que debió ser demostrada, lo cual habría bastado para rehusar las declaraciones solicitadas en la demanda, pues que tal omisión afecta la legitimación en la causa de la parte actora.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Salà de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara infundada la oposición del señor Bernardo Herrera de la Torre a la propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos formulada al Ministerio de Minas y Petróleos por la Texas Petroleum Company, registrada en ese despacho con el número 878, y consiguientemente, absuelve a la Nación de los cargos contenidos en la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese al Ministerio de Minas y Petróleos, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Efrén Osejo Peña, con salvedades, *Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.*

Jorge García Merlano, Secretario.

Salvamento de voto

Suscribo la parte resolutiva del fallo precedente, mas no ocurre lo propio respecto de algunos conceptos de la motiva, como los contenidos en este párrafo:

"En suma, si bien la Corte tiene libertad para apreciar la prueba legal de la propiedad de hidrocarburos, sin sujeción a la tarifa establecida en el artículo 36 del Código de Petróleos, esa prueba debe estar de todos modos dirigida a acreditar la existencia de un título o modo legítimo de adquisición. Valga como ejemplo el de las vinculaciones: si con cualquier especie probatoria se establece que un inmueble estuvo vinculado a un mayorazgo con ante-

rioridad a la Ley de 10 de julio de 1824, forzoso es deducir la existencia de título legal, pues aquella vinculación lo hace suponer, ya que no podía efectuarse sin autorización de la Corona".

Como se ve, allí se admiten estas proposiciones: a) la Corte tiene libertad para apreciar la prueba legal de la propiedad sobre hidrocarburos; b) la tarifa contenida en el Art. 36 del C. de P. no le obliga; y c) "con cualquier especie probatoria ... se puede deducir la existencia de título legal...".

Tanto en tiempo de la Colonia como durante la República, las tierras realengas o baldías han pertenecido al Estado, cuya propiedad ha sido cedida con base en distintos actos, como mercedes, composiciones, remates, colonización o cultivos, enajenación a cambio de bonos territoriales, por concesiones, etc., etc., (202 de la Carta; Art. 44 C. F.); por consiguiente, en tratándose del dominio privado del subsuelo petrolífero, el opositor tiene que dar la prueba de la adjudicación mediante la exhibición del correspondiente acto administrativo de adjudicación, el cual, en el respectivo litigio, no puede ser sustituído por otro documento, menos todavía, "con cualquier especie probatoria, porque siendo la Corte Juez de derecho, no de hecho, está sujeta a lo dispuesto en el artículo 1760 del C. C., con el fin de establecer los elementos de la acción petitoria previstos en el Art. 946 del mismo Código, en lo conducente, en armonía con el Art. 5º del C. de P.

Antes del año de 1935, la Corte exigía la presentación del título originario expedido por el Estado; la cadena de títulos desde aquel acontecimiento hasta el momento del juicio; la identificación del predio adjudicado, que debía comprender, en todo o en parte, el que era objeto del juicio de oposición, etc. Con posterioridad al dicho año, la Corte modificó su doctrina primitiva, para admitir, más o menos, los principios contenidos en el Art. 36 del C. de P., que estimo debe aplicar la Corte como una modificación al principio estricto sentado por el artículo 1760 del C. C. En otras palabras, si no se aplica las innovaciones contenidas en el citado artículo, como juez de derecho sujeto a una tarifa de pruebas en cuanto atañe a la demostración, en juicio, de la propiedad sobre inmuebles, resultaría que tendría menos libertad en fuerza de lo dispuesto en el citado artículo 1760 del C. C.

En consecuencia estimo que, no obstante lo dicho en la exposición de motivos de la Ley 160 de 1936, la Corte, si quiere disponer de cierta libertad en relación con la tarifa de pruebas, debe acatar o aplicar la prevista en el actual artículo 36 del C. de P., en los litigios sobre propiedad del subsuelo petrolífero, ya que otros medios probatorios resultan inconducentes o impertinentes, como la prueba testimonial y sus semejantes o derivadas, o bien no son oponibles al Estado como los actos, contratos, diligencias de inventarios, litigos, etc., etc., adelantados y consumados entre particulares, pues en todos ellos aquél es tercero.

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña.

PRESCRIPCION EXTINTIVA DEL DOMINIO

Suspensión o interrupción. — Aplicación del Decreto-Ley 328 de 1958 en relación con el Decreto Ejecutivo 1482 de 1959.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, 27 de julio de 1965.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

1. El apoderado judicial que constituyó el representante legal de la "Sociedad Agraria de Colombia Ltda.", domiciliada en Girardot, presentó ante esta Sala demanda contra la Nación, pidiendo se hicieran los siguientes pronunciamientos:

"Primero. Que en virtud de haberse ejercido hechos propios de dueño, por el término legal, la Sociedad Agraria de Colombia Ltda., sobre la finca "Montecarlo", ubicada en jurisdicción del Municipio de Villarrica, vereda de Los Alpes, Departamento del Tolima, comprendida dentro de los siguientes linderos: "Partiendo de la desembocadura de la quebrada La Calichosa, en el río Cuinde Blanco, aquélla aguas arriba, lindando con terrenos de El Darién y con baldíos cultivados en parte por Manuel Céspedes, hasta una piedra grande marcada, situada en la margen derecha y en el punto denominado Las Tres Piedras; de aquí, lindando con terrenos baldíos, en dirección noroeste y en línea recta, a una piedra marcada y clavada en el Morro de El Helechal; de aquí, al noroeste, lindando con terrenos baldíos cultivados por Zenón Campos, en línea recta, a la piedra marcada y clavada a la margen derecha de la quebrada La Barrialosa, en el punto que se denominó El Higuerón; esta quebrada, aguas arriba, lindando con terrenos baldíos cultivados en parte por dicho señor Campos, hasta el punto denominado "El Bebedero", en donde se encuentra una piedra marcada y clavada; de aquí, al noroeste lindando con baldíos cultivados en parte por Rubén Fresneda, línea recta al punto denominado Morro Cubillos, en la cima del cerro Corcovada, en donde se encuentra una piedra marcada y clavada; por la expresada cima al suroeste, lindando con terrenos de Buenavista y El Placer, hasta un peñón grande marcado y situado en el punto denominado El Catorce o El Galápago; de aquí al suroeste, lindando con terrenos baldíos, línea recta a una piedra marcada y clavada a la margen izquierda de la quebrada La Barrialosa o Curapala, en el punto denominado Paso de Matadero; esta quebrada, aguas arriba, lindando con baldíos cultivados por la Sociedad de García Hermanos, hasta su desembocadura en el río Cuinde Negro; de este río aguas arriba, hasta la desembocadura en el Cuinde Blanco y éste aguas arriba, hasta la confluencia con la quebrada de La Calichosa, punto de partida'."

"Un segundo globo con una superficie aproximada de 111 hectáreas que se encuentran encerradas dentro del predio 'La Concepción' de propiedad del señor Brígido Cano Gómez, pero que pertenece a la Sociedad Agraria de Colombia Ltda. y hacen parte del predio denominado 'Montecarlo', y están alinderadas en esta forma: 'Por el Norte, linda con terrenos ocupados por Luis Arturo Ortiz; por el Sur, con el potrero denominado 'Portugal'; Por el Occidente, con el terreno denominado 'La Meseta'; y por el Oriente con terrenos de 'La Mercadilla'; no ha corrido contra ella, ni en todo ni en parte, la prescripción adquisitiva del derecho de dominio a favor de la Nación a que se refiere el artículo 6º de la Ley 200 de 1936".

"Segundo. Que como consecuencia de la declaración anterior la Sociedad Agraria de Colombia Ltda., es dueña en su totalidad de la finca 'Montecarlo' según la ubicación y linderos que han quedado determinados en la petición anterior".

"Tercero. Que la Nación Colombiana no tiene derecho a que se registre a su favor el título de dominio de parte de la finca en referencia y consecuencialmente queda sin efecto ni valor jurídico la parte resolutiva de la Resolución Nº 069 de 1962, noviembre 26, dictada por el señor Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y la aprobatoria de ella, de carácter ejecutivo Nº 51 de 21 de febrero de 1963".

Peticiones subsidiarias

"1º Que se declare que es nula por violación de la ley, o falta de motivos, o error en ellos, o desvío o desviación de poder, las Resoluciones números 069 de 26 de noviembre de 1962, dictada por el señor Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y la ejecutiva Nº 51 de 21 de febrero de 1963 aprobatoria de ella, por medio de la cual se declaró la reversión parcial, o sea, parte de la extensión de la finca referida del derecho de dominio privado a favor de la Nación Colombiana de la finca 'Montecarlo', ubicada en el municipio de Villarrica, Vereda de 'Los Alpes', Departamento del Tolima, y comprendida dentro de los siguientes linderos: 'Partiendo de la desembocadura de la quebrada 'La Calichosa' en el río Cuinde Blanco, aquélla aguas arriba, lindando con terrenos de 'El Darién' y con baldíos cultivados en parte por Manuel Céspedes, hasta una piedra grande marcada, situada en la margen derecha y en el punto que se denomina 'Las Tres Piedras'; de aquí, lindando con terrenos baldíos, en dirección noroeste y en línea recta, a una piedra marcada y clavada en el Morro de 'El Helechal'; de aquí al noroeste, lindando con terrenos baldíos cultivados por Zenón Campos, en línea recta a la piedra marcada y clavada a la margen derecha de la quebrada 'La Barrialosa',, en el punto que se denominó 'El Higuerón'; de esta quebrada, aguas arriba, lindando con terrenos baldíos cultivados en parte por dicho señor Campos, hasta el punto denominado 'El Bebedero', en donde se encuentra una piedra marcada y clavada; de aquí, al noroeste, lindando con baldíos cultivados en parte por Rubén Fresneda, línea recta al punto denominado 'Morro Cubillos', en la cima del cerro 'Corvocada', en donde se encuentra una piedra marcada y clavada; por la expresada cima, al suroeste, lindando con terrenos de 'Buenavista' y 'El Placer', hasta un peñón grande marcado y situado en el punto denominado 'El Catorce' o 'El Galápago'. De aquí al suroeste, lindando con terrenos baldíos, línea recta a una piedra marcada y clavada a la margen izquierda de la quebrada 'La Barrialosa' o 'Curapala', en el punto denominado 'Paso del Matadero'; de esta quebrada, aguas abajo, lindando con baldíos cultivados por la Sociedad de García Hermanos, hasta su desembocadura en el río Cuinde Negro; de este río aguas arriba hasta la desembocadura en el Cuinde Blanco y éste aguas arriba hasta la confluencia con la quebrada 'La Calichosa', punto de partida". Un segundo globo con una superficie aproximada de 111 hectáreas que se encuentran encerradas dentro del predio de 'La Concepción' de propiedad del señor Brígido Cano Gómez, pero que pertenecen a la Sociedad Agraria de Colombia Ltda. y hacen parte del predio denominado 'Montecarlo', y están alinderadas en esta forma: 'Por el Norte, lindando con terrenos ocupados por Luis Arturo Ortiz; por el Sur, con el potrero denominado 'Portugal'; por el Oriente, con terrenos de 'La Marcadilla' y por el Occidente, con el terreno denominado 'La Meseta'.

"2ª Que como consecuencia de la declaración anterior, la Sociedad Agraria de Colombia Ltda., no ha perdido el dominio o propiedad de la totalidad de la finca en referencia, por cuanto sobre ella no se ha cumplido el fenómeno jurídico de la reversión del dominio privado a favor de la Nación, de que habla el Art. 6º de la Ley 200 de 1936".

"3ª Que la Nación Colombiana debe indemnizar a la Sociedad Agraria de Colombia Ltda., los perjuicios materiales que ha sufrido por razón del acto administrativo contenido en la Resolución Nº 069 de noviembre 26 de 1962 dictada por el señor Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma

Agraria y debidamente aprobada por la Presidencia de la República".

2. Bajo el epígrafe de "Hechos e Historia" trae el libelo la exposición de los fundamentos de hecho de las peticiones solicitadas, distribuidos en treinta y un numerales, en varios de los cuales se hacen extensas disquisiciones de carácter estrictamente jurídico. Extractando la fundamentación fáctica de la demanda se reduce a las siguientes afirmaciones: que la finca "Montecarlo" había sido explotada económicamente de acuerdo con las costumbres de la región, por sus propietarios, "sin que haya sido abandonada y sin que en ella se hayan dejado de ejercer actos propios de dueño en los diez años en total, o parcialmente, anteriores a la vigencia de la Ley 135 de 1961"; que los actos propios de dueño han sido ejercidos por ellos directamente o por medio de terceras personas "bien dependientes del dueño o con contratos de arrendamiento, aparcería, pastajes y similares"; que el Municipio de Villarrica, donde está ubicada la finca, estuvo sometido al régimen de Estado de Sitio durante más de cuatro años", y en dicha región se ejerció la violencia en forma pública y notoria; que la finca "Montecarlo", aun en el momento en que fue examinada por el INCORA, no estaba abandonada y sobre ella se estaban ejerciendo actos propios de dueño por la sociedad demandante; que la finca tiene y ha tenido las reservas de bosques necesarias para la conservación de aguas, así como las de tierras incultas indispensables para la explotación económica o como complemento para su mejor aprovechamiento.

3. A solicitud de las partes fueron allegadas a los autos durante el término de prueba las actuaciones del INCORA; se practicó una inspección ocular con peritos, y se recibieron otras probanzas.

4. Desde la presentación de la demanda, en el propio texto de ella, la parte actora planteó el problema, reiterando en el alegado de conclusión, de la suspensión de las normas sobre prescripciones adquisitivas y extintivas de dominio en el Departamento del Tolima durante la vigencia en éste del régimen de estado de sitio.

5. La Resolución Nº 069, de noviembre 24 de 1962, del Gerente General del INCORA, aprobada por la 58 del mismo de la Junta Directiva del citado Instituto, aprobada ésta a su vez por la 51 de 21 de febrero de 1963, de la Presidencia de la República, en virtud de la cual quedó extinguido el dominio privado del predio "Montecarlo", se basó en las siguientes consideraciones, que la misma providencia presenta como resumen de su motivación: "...que solamente aparece demostrado que dentro de los diez (10) años anteriores se hubieran cultivado las áreas cubiertas con los cafetales de que se dio razón y que el resto del predio se encuentra en las condiciones provistas por las normas legales para que vuelva al Estado en su calidad de baldío y que además han quedado comprobados los siguientes hechos:

"a) Según consta en las certificaciones y títulos respectivos, 'la Sociedad Agraria de Colombia Ltda.' es su poseedor inscrito";

"b) Se trata de un predio rústico";

"c) Su superficie es superior a trescientas (300) hectáreas; y

"d) Se halla inexplotado, pues sobre él no se ha ejercido la explotación económica regular y estable conforme lo estatuyen las disposiciones contenidas en los artículos 1º y 6º de la Ley 200 de 1936, en concordancia con el Decreto Nº 0059 de 1938, la Ley 135 de 1961 y el Decreto 1902 de 1962".

6. Es, pues, el Art. 6º de la Ley 200 de 1936 la base fundamental de la declaración de extinción del dominio privado del predio "Montecarlo".

7. Como ha indicado la parte actora, el Gobierno Nacional, ejerciendo facultades del Art. 121 de la Carta, profirió el Decreto 0328 de noviembre 28 de 1958 cuyo artículo 11 reza: "En las zonas que determine el Gobierno dentro del territorio de los Departamentos en donde aún subsiste el estado de sitio, suspéndase la vigencia de las disposiciones legales que consagran prescripciones adquisitivas de derechos o extintivas de los mismos o de acciones civiles de cualquier naturaleza".

Y en desarrollo de tal precepto profirió luego el Decreto ejecutivo Nº 1482 de 25 de marzo de 1959 del siguiente tenor: "Artículo primero. Las zonas de los Departamentos donde subsiste el estado de sitio dentro de cuyos límites queda suspendida la vigencia de las disposiciones legales que

consagran prescripciones adquisitivas de derechos o extintivas de los mismos o de acciones civiles de cualquier naturaleza, a que se refiere el artículo 11 del Decreto 0328 de noviembre 28 de 1958, serán las que se expresan a continuación:

Departamento de Caldas: En los Municipios de Anserma, Apía, Balboa, Belalcázar, Belén de Umbría, Calarcá, Génova, Guática, La Tebaida, Marsella, Mistrató, Montenegro, Pijao, Quinchía, Santuario y en el Corregimiento de Benafont de Riosucio".

"Departamento del Cauca: En los Municipios de Miranda, Corinto, Caloto, Toribio, Caldono, Páez, Inzá, Jambaló y en los Corregimientos de Suárez del Municipio de Buenos Aires y Argelia, Balboa, La Mesa y San Alfonso, del Municipio del Patía".

"Departamento del Huila: En los Municipios de Algeciras, Iquira, Aeruel, Palermo, Aipe, Villavieja, Baraya, Tello, Colombia, Rivera y Neiva".

"Departamento del Valle: En los Municipios de Palmira, Pradera, Florida, Restrepo, Vijes, El Cerrito, Ginebra, Yotoco, Darién, Buga, Tuluá, Riofrío, Trujillo, San Pedro, Andalucía, Bugalagrande, Bolívar, El Dovio, Sevilla, Caicedonia, Zarzal, Roldanillo, Versalles, La Unión, La Victoria, Toro, El Cairo, Argelia, Obando, Ansermanuevo, El Aguila, Alcalá y Ulloa'.

"Y en todo el Departamento del Tolima".

Artículo segundo. Este Decreto rige a partir de la fecha de su expedición".

8. En virtud de tales ordenamientos jurídicos, quedaron suspendidas, o lo que es lo mismo, dejaron de regir en el Departamento del Tolima, al que pertenece el Municipio de Villarrica, donde está ubicado el predio "Montecarlo", las disposiciones consagratorias de prescripciones extintivas del dominio, entre las cuales figura, obviamente, el Art. 6º de la Ley 200 de 1936, que reza: "Establécese en favor de la Nación la extinción del derecho de dominio o propiedad sobre los predios rurales en los cuales se dejare de ejercer posesión en la forma establecida en el artículo 1º de esta ley, durante diez años continuos".

"Cuando la posesión se hubiera ejercido sobre una parte del predio solamente, la extinción del domino no comprenderá sino las porciones incultas que no se reputen poseídas conforme a esta ley".

"La extinción del derecho de dominio no tendrá efecto en relación con los siguientes predios:

"1ª) Los que tengan una cabida total inferior a trescientas (300) hectáreas que constituyan la única propiedad rural del respectivo propietario".

9. Cuál fue el preciso efecto que sobre casos como el de autos produjo la suspensión de las normas sobre prescripción, entre las que figura el Art. 6º de la Ley 200 de 1936?

Para la parte actora —y para el señor abogado de la presidencia, según concepto que emitió en caso semejante al presente, que en copia obra en autos al haber quedado suspendido el mencionado precepto legal, durante la vigencia del estado de sitio, y, consiguientemente, el haber quedado eximido los dueños de tierras de la obligación de explotarlas económicamente, durante ese lapso quedaron interrumpidas las prescripciones extintivas del dominio que por la no explotación continua durante los años inmediatamente anteriores hubieran comenzado a configurarse. En otras palabras, como la extinción del dominio se derivaría de la no explotación durante diez años continuos, por lo que los propietarios podían interrumpirla mediante una explotación seria realizada antes de completarse una década de inexplotación, es obvio que, al quedar eximidos de la obligación de explotar durante el lapso del estado de sitio en que quedó suspendida la vigencia del Art. 6º de la Ley 200, quedó interrumpida la prescripción, y los diez años de no cultivo contemplados por este precepto debían comenzarse a contar a partir del levantamiento del estado de sitio, o sea del 1º de enero de 1962.

Según otra opinión, lo producido habría sido una suspensión de la prescripción análoga a la prevista en el Art. 2550 de C. C., que si bien habría liberado a los propietarios de la obligación de explotar las tierras durante el período de estado de sitio no dejaba sin efectos jurídicos tanto el tiempo de inexplotación anterior, como el posterior.

Para los fines de esta providencia, cualquiera de las dos tesis apuntadas conduce al mismo resultado, de anular la resolución

que declaró extinguido el dominio de las tierras de la sociedad demandante.

En efecto: si lo ocurrido fue una interrupción, y consiguientemente la prescripción decenaria del Art. 6º de la Ley 200 debía comenzar a correr a partir del 1º de marzo de 1962, en que fue levantado el estado de sitio y volvió a regir el citado precepto legal, es por demás evidente que entre esa fecha y la de la expedición de la Resolución del INCORA (24 de noviembre de 1962) no pudo consumarse la aludida prescripción.

Y si se estima que el fenómeno producido fue el de una simple suspensión de la prescripción, habría que descontar de los diez años anteriores a 1962, el lapso durante el cual estuvo suspendido el Art. 6º de la Ley 200 (de 28 de noviembre de 1958, fecha del Decreto-ley 328 de 1958 y el 1º de enero de 1962, en que fue levantado el estado de sitio; o si se quiere, entre el 25 de marzo de 1959, fecha del Decreto ejecutivo 1482, que determinó en concreto las áreas donde debía operar la suspensión de normas y prescriptivas, ordenada por el citado Decreto extraordinario, y el citado 1º de enero de 1962), y consecuencialmente no se habrían consumado los diez años de inexplotación continua que sirvieron de fundamento fáctico a la resolución del INCORA, expedida en noviembre de 1962.

10. Las anteriores consideraciones son suficientes para resolver el caso sub-lite, reconociendo en lo sustancial la acción principal incoada, consagrada en los Arts. 8º de la Ley 200 de 1936 y 23 de la Ley 135 de 1961.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

Declárase nula, y por ende sin ningún efecto jurídico, la Resolución Nº 069, de 24 de noviembre de 1962, del señor Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, que declaró extinguido el derecho de dominio de la "Sociedad Agraria de Colombia Ltda." sobre varios globos de tierra de la hacienda "Montecarlo" que en la misma se indican.

Por consiguiente, decláranse igualmente nulas y sin ningún efecto jurídico las Resoluciones siguientes: la Nº 58, de 26 de noviembre de 1962, de la Junta Directiva del citado Instituto, aprobatoria de aquélla, y la Nº 51, de 21 de febrero de 1963, de la Presidencia de la República, que, a su vez, dio aprobación a la citada Nº 58 de la Junta Directiva del Instituto.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase al INCORA la actuación original que remitió.

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

Jorge García Merlano, Secretario.

CULPA DEL SERVICIO

Según la más reciente jurisprudencia de la Corte, que acogió la teoría de la "culpa del servicio" no es necesario puntualizar las precisas y concretas personas por cuya obra se produce el deficiente funcionamiento de la administración. sino que basta que del conjunto de las circunstancias surja la realización de esa deficiencia, que puede revestir diversas modalidades. Pero es indispensable, en todo caso, que de hechos plenamente probados pueda inferirse inequívocamente un proceder irregular por parte de alguna agencia de la administración.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio treinta de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau).

El apoderado que constituyó José Ignacio Giraldo, de este vecindario, demandó a la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que fuera condenado a pagar "las sumas que se demuestren en el juicio por concepto de perjuicios morales y materiales que le fueron irrogados por los siguientes hechos:

"1º Mi poderdante el señor José Ignacio Giraldo, residía en la ciudad de Cali, en una casa de su propiedad situada en la Avenida del Hipódromo Nº 6-32 Sur, de la nomenclatura urbana de esa ciudad".

"2º El día diez de mayo de mil novecientos cincuenta y siete (1957) los adversarios del gobierno existente en esa época se agruparon en forma tumultuaria en varios lugares del país y decidieron atentar contra la vida, honra y bienes de los ciudadanos que hubieran tenido nexos vinculatorios con el régimen ese día depuesto".

"3º Mi poderdante, señor José Ignacio Giraldo, que había ocupado, entre otros cargos, el de Secretario de Obras Públicas del Departamento del Valle del Cauca, fue víctima de los amotinados que ese día, diez (10) de mayo de mil novecientos cincuenta y siete (1957), destruyeron su casa de habitación, con todos los muebles y enseres allí existentes, una magnífica biblioteca y un depósito de drogas".

"4. Mientras la agresión tumultuaria se desarrollaba y consumaba, el señor José Ignacio Giraldo, mi representado, solicitaba auxilio y protección para sus bienes al Comando de la Tercera Brigada con sede en Cali, pero el auxilio le fue negado con la disculpa de que había órdenes y convenios de no intervenir en la caótica situación existente".

"5. Faltando el amparo de policía y aún con la aquiescencia de quienes estaban en la obligación de prestarlo, la multitud en tumulto agotó la agresión en los bienes del señor José Ignacio Giraldo que a continuación enumero con especificación somera de los daños causados en los mismos:

"a) Destrucción, casi total, de una casa-quinta de dos plantas, de propiedad de José Ignacio Giraldo, construída en paredes de ladrillo prensado y repello de cemento y toda en materiales de primerísima calidad, distinguida con el Nº 6-32 Sur de la Avenida del Hipódromo en la ciudad de Cali y alindada así: 'Norte, con casa de Marta Roy y otro; Oriente, con la carrera veintiuna (21) o Avenida del Hipódromo; Occidente, con casa que es o fue del Instituto de Crédito Territorial".

"Los destrozos causados a este inmueble lo hicieron inhabitable".

"b) Los muebles y enseres que había dentro de la casa y que fueron destruídos por el incendio y la violencia, los enumero a continuación con sus respectivos precios: ... (aquí ellos)".

Como fundamentos de derecho se expresan en el libelo los siguientes: "Título 3º de la Constitución Nacional. Código Civil, Título 34, Libro 4º, Arts. 2341 y ss. Código Judicial, Libro 1º, Arts. 76 y ss.; Título 17, Cap. 1º, Arts. 734 y ss. ibídem; Art. 172 ibídem".

El Tribunal puso fin a la primera instancia en sentencia de trece de agosto de 1964, en la que absolvió a la Nación de los cargos de la demanda. Apelada por la parte actora, vino el negocio a esta Corporación, donde ha sufrido los trámites de ley.

El recurso fue sustentado verbalmente por dicho apoderado en la audiencia pidiendo la revocatoria de la sentencia apelada y la consiguiente condena a la Nación. Por su parte el señor Procurador Delegado en su alegato de fondo impetró la confirmación de la decisión del inferior.

El Tribunal fundó su decisión sobre dos órdenes de consideraciones: a) que los perjuicios sufridos por el demandante habrían sido como consecuencia de actos de imperio del Estado, por los cuales no podría deducírsela a éste responsabilidad civil; b) que aunque se aceptara la tesis contraria, no quedaron plenamente comprobados los fundamentos fácticos de la acción.

Para los fines de este fallo no es necesario entrar a discutir la primera de las tesis del Tribunal. Bastaría anotar que la doctrina y la jurisprudencia universales tienden a ensanchar el ámbito de la responsabilidad del Estado, y que, por otra parte, la distinción entre actos de imperio y actos de gestión es rechazada por numerosos doctrinantes.

Sea lo que fuere, lo que sí es indiscutible es que a la Administración no se le puede deducir responsabilidad sino por daños que le sean imputables. Para el demandante los daños que sufrió el 10 de mayo de 1957 derivan de un proceder culposo de aquélla, por no haber acudido la fuerza pública a impedir la consumación de los destrozos que una turba amotinada irrogó a bienes de su propiedad.

Según la más reciente jurisprudencia de la Corte, que acogió la teoría de la "culpa del servicio" no es necesario puntualizar las precisas y concretas personas por cuya obra se produce el deficiente funcionamiento de la administración, sino que basta que del conjunto de las circunstancias surja la realización de esa deficiencia, que puede revestir diversas modalidades. Pero es indispensable, en todo caso, que de hechos plenamente probados pueda inferirse inequívocamente un proceder irregular por parte de alguna agencia de la administración.

Ahora bien, del acervo probatorio allegado al expediente no pueden deducirse hechos o circunstancias que revelen un deficiente o negligente comportamiento de los agentes de la administración encargados del mantenimiento del orden público, policía y ejército, en relación con los destrozos causados a la casa del demandante. En el libelo se atribuye a las altas autoridades de la ciudad de Cali el haber decidido no intervenir en "la caótica situación existente", pero tal cosa no se ha comprobado. Como anota el Tribunal, se solicitó al respecto la declaración del ex-comandante de la Tercera Brigada acantonada en la capital del Valle, pero tan importante testimonio no pudo ser producido, y, además, ninguno de los testigos cuyas deposiciones obran en autos hablan de que alguien hubiera avisado a la fuerza pública del ataque de que, según afirman, sabían iba a ser víctima el demandante.

No aparece, pues, plenamente demostrada la culpa de servicio imputada a la administración, y faltando la prueba de este principal factor generador de la responsabilidad extracontractual, no puede declararse ésta.

Por lo demás, cabe destacar que son acertados, en lo sustancial, los análisis que de diversos testimonios hace el Tribunal, para concluir que ni siquiera está comprobada a plenitud la manera real como sucedieron los hechos que produjeron los daños reclamados por el demandante.

Las anteriores consideraciones son suficientes para confirmar la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

Confírmase la sentencia apelada.

Publíquese, notifíquese, cópiese. Insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase al Tribunal de origen. Entre líneas "de" vale.

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

Jorge García Merlano, Secretario.



INDICE

SALA PLENA

Páginas

PROPOSICION aprobada en sesión plenaria de fecha 8 de julio de 1965, con motivo de la renuncia del doctor José Joaquín Rodríguez como Magistrado de la Corte ... 5

PROPOSICION aprobada en sesión plenaria de fecha 8 de julio de 1965, por el retiro del doctor Eudoro González Gómez del cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Medellín ... 5

PROPOSICION aprobada en la sesión plenaria de la Corte de fecha 15 de julio de 1965 con motivo del fallecimiento del doctor Laureano Gómez, ex-Presidente de la República ... 5

PROPOSICION aprobada en sesión plenaria del 26 de agosto de 1965 por el retiro del doctor Jesús María Arteaga del cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá ... 6

MOCION DE DUELO aprobada en la sesión plenaria de la Corte de fecha 30 de agosto de 1965 por el fallecimiento del doctor Enrique Coral Velasco, Magistrado de la Corporación ... 6

TEXTO DEL DISCURSO pronunciado por el doctor Enrique López de la Pava en el sepelio del cadáver del doctor Enrique Coral Velasco, verificado el lunes 30 de agosto en el Cementerio Central de Bogotá 6

MOCION DE DUELO aprobada en sesión plenaria de la Corte por la desaparición del doctor Alfredo Cock Arango, ex-Magistrado de la Corporación. Con fecha 30 de septiembre de 1965, la Sala Plena aprobó una proposición en el sentido expresado ... 7

LA CORTE DECLARA EXEQUIBLE EL ARTICULO 10 DE LA LEY 10 DE 1962. "Por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la Odontología". — Con fecha 29 de julio de 1965, así lo decide la Corte Plena con ponencia del H. Magistrado doctor Enrique López de la Pava ... 8

INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO PRIMERO DEL PROYECTO DE LEY "Por el cual se nacionaliza una normal y se dictan otras disposiciones". objetado por el señor Presidente de la República en mensaje de 13 de diciembre de 1963. — Con fecha 2 de agosto de 1965, así lo declara la Sala Plena de la Corte con ponencia del H. Magistrado doctor Efrén Osejo Peña ... 18

INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 1º DEL PROYECTO DE LEY "Por el cual se dispone un auxilio extraordinario para la Universidad del Atlántico", objetado por el señor Presidente de la República.— Con fecha 3 de agosto de 1965, así lo declara la Sala Plena de la Corte con ponencia del H. Magistrado doctor José Hernández Arbeláez ... 23

DESIGNACION DE CONSEJEROS DE ESTADO. — La Corte declara inexequible el inciso segundo del artículo 21 del Decreto-Ley número 528 de 9 de marzo de 1964. — Con fecha 28 de agosto de 1965, la Corte declara inexequible el precepto

Páginas

citado, con ponencia del H. Magistrado doctor Luis Carlos Zambrano 25

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DE ALGUNAS DISPOSICIONES DEL DECRETO 1716 DE 1960. — *Una decisión de fondo sobre una demanda de la naturaleza de la propuesta en el presente caso, requiere, como presupuesto indispensable la vigencia de las disposiciones acusadas. — La Corte declara que por carencia de objeto o sustracción de materia, no hay lugar a proveer en el fondo sobre la demanda en referencia.* — Con fecha 29 de noviembre de 1965 la Sala Plena de la Corte declara que no hay lugar a proveer en el fondo sobre la demanda propuesta en el presente caso. — Magistrado Ponente: Doctor Antonio Moreno Mosquera 33

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º Y 4º DEL PROYECTO DE LEY NUMERO 43 "Por la cual la Nación coopera al desarrollo de una Fundación de utilidad común, sin ánimo de lucro, destinada a la educación universitaria", objetado por el señor Presidente de la República. — *La Corte reafirma su doctrina respecto de que se viola el ordinal 20, artículo 76 de la Constitución, cuando el Congreso decreta auxilios para empresas útiles o benéficas sin que proceda la planeación general correspondiente, organizada por el legislador.* — Con fecha 30 de noviembre de 1965 la Corte declara inexequibles los artículos 1º y 4º del proyecto de ley número 43, antes mencionado. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 36

GASTOS DE REPRESENTACION DE LOS CONGRESISTAS. — *La Corte declara inexequible el artículo 14 de la Ley 48 de 1962, en cuanto por él se ordena hacer efectivo el aumento de los gastos de representación decretado por el literal b) del artículo 5º de la misma ley desde su sanción y antes de haber cesado en sus funciones los miembros de la legislatura en que fue votada; y exequibles los artículos 7º, 8º, 9º, 10, 12 y 13 acusados, de la ley en mención, relacionados con prestaciones sociales y otros beneficios para los miembros del Congreso y las Asambleas.* — Con fecha 15 de diciembre de 1965 la Sala Plena de la Corte así lo decide con ponencia del H. Magistrado, doctor Luis Alberto Bravo 39

FECHA DE LA ELECCION PRESIDENCIAL. — La Corte declara exequible el artículo 8º de la Ley 187 de 1936. — Con ponencia del doctor Adán Arriaga Andrade, así lo resuelve la Sala Plena 51

EXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 8º DE LA LEY 187 DE 1936. — Con fecha 16 de diciembre de 1965 la Corte declaró exequible el aludido artículo 8º de la Ley 187 de 1936. — Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau 57

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º, 2º, 4º, 6º, 7º, 9º, 10 y 11 del proyecto de ley "por la cual se decretan unas obras de beneficio para el Norte del Departamento de Antioquia", objetados por el señor Presidente de la República. — *La Corte reitera su doctrina de que el Parlamento no puede ejercer la atribución que le confiere el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional sino con estricta sujeción a los planes y programas previamente adoptados por el legislador.* — Con fecha 16 de diciembre de 1965 así lo resuelve la Corte con ponencia del H. Magistrado doctor Humberto Barrera Domínguez 61

SALA DE DECISION

SANCIONES DISCIPLINARIAS.—*De conformidad con lo atribuido en el Decreto 1698 de 1964, la vigilancia judicial corresponde al Ministerio Público. — Trámite a seguir en algunos eventos del Decreto antes mencionado.* — Con fecha 14 de diciembre de 1965 la Corte estima que no está en presencia del caso en que deba aplicar sanciones disciplinarias al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial del Atlántico. — Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau 65

SALA DE CASACION CIVIL

Páginas

HIPODROMO DE TECHO. — *La Empresa no es parte en el contrato de apuesta que celebran entre sí los suscriptores de los formularios del "5 y 6" o de "ganador" y "placé". — Incongruencia. — El Juez no puede cambiar los fundamentos de la demanda.* — Sentencia de 6 de julio de 1965. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Víctor Spitzer y otro contra Hipódromo de Techo S. A. — Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco 67

ESTADO CIVIL. — *Pruebas principales y pruebas supletorias. — Cuándo tienen cabida estas últimas. — Carácter y valor de los certificados de defunción expedidos por los Secretarios Municipales de Higiene. — Presupuesto procesal de capacidad para ser parte.* — Sentencia de 6 de julio de 1965. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el juicio ordinario promovido por Leo César Diago Avila contra Celedonio Calderón. — Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava 72

RIFAS DE ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO. — *Son contratos de adhesión y llevan anexa la confianza general.— Culpa in contrahendo.* — Sentencia de 8 de julio de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Alfredo Rodríguez contra el Municipio de Ibagué. — Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez 76

SENTENCIA DEFINITIVA. — *No hay imposibilidad para que un acto de decisión se contenga también en la parte considerativa del fallo. — Inconsonancia. — No la hay cuando no resulta rebasamiento del límite de la pretensión.* — Sentencia de 12 de julio de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, en el juicio promovido por Aurelio Marconi Palacio contra Carlos Eugenio Lemus Jácome. — Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón 80

PRESUPUESTO PROCESAL DE DEMANDA EN FORMA. — *Cuando lo que se pretende es una cosa raíz, no es el poder el que debe expresar los linderos del inmueble sino la demanda. — Incongruencia. — En casación no procede considerar las censuras presentadas en forma condicional.— Posesión. — La ejercida por el poseedor por medio de un tenedor y a su nombre, no se demuestra con la simple diligencia de entrega. — El certificado del Registrador de Instrumentos no suple al título.* — Sentencia de 12 de julio de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario promovido por Segundo Manuel Canacuán y otro contra Flavio M. Cárdenas. — Magistrado Ponente: Doctor Arturo C. Posada 84

NOVACION. — *Requisitos para que la haya. — Estimación que compete al sentenciador cuando la voluntad novatoria no ha sido expresa. — El Régimen de Circulación y Tránsito no altera ni sustituye las normas sustanciales de derecho.*—Sentencia de 15 de julio de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Jaime Gutiérrez Rave contra Leonidas Lara e Hijos. — Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez 95

DICTAMEN PERICIAL.— *Fundamentación. — No es la igualdad numérica la determinante del valor probatorio de este medio de convicción.* — Sentencia de 16 de julio de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio promovido por Carmen Jiménez v. de Zambrano y otro contra Jesús M. Jiménez Espitia. — Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 100

TESTAMENTO ABIERTO. — *Su formalidad esencial. — Medio nuevo. — No es de recibo en casación.* — Sentencia de 16 de julio de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín,

Páginas

en el juicio ordinario promovido por Gabriel Roldán Jaramillo contra José y Francisco Isaza y otros. — Magistrado Ponente: Doctor Arturo C. Posada 104

PERTENENCIA. — *Carácter de esta acción. — Finalidad y elementos que la constituyen. — Requisitos de la prescripción adquisitiva extraordinaria. — Dominio.— La ocupación indefinida y gratuita de un inmueble no es acto de mera tolerancia.—* Sentencia de 17 de julio de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio adelantado por Mercedes Villamizar de Carrasco contra Carlos Rafael Villamizar. — Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava 109

REIVINDICACION. — *El deber de lealtad procesal que impone al demandado en reivindicación el artículo 214 del C. Judicial, no se cumple por el silencio ni la respuesta ambigua o reticente.* — Sentencia de 22 de julio 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 Miguel Mancilla. — Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez 117

PRESUPUESTOS PROCESALES. — *Cuáles son. — No deben confundirse los hechos que motivan la acción con los elementos que integran el proceso. — Los aludidos presupuestos son siempre material de análisis previo por el superior, y la ausencia de cualquiera de ellos produce rehusamiento a resolver de mérito. — No procede alegar incongruencia cuando la sentencia es inhibitoria.— Nulidad.— Son fenómenos distintos la de los juicios y de las sentencias y la de los actos y declaraciones de voluntad.* — Sentencia de 26 de julio de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario promovido por María Pinedo v. de Galofre contra Enrique Escobar García. — Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco 120

REIVINDICACION. — *Título anterior a la posesión del reo. — Posesión. — Esta puede ser de mala fe, sin ser violenta ni clandestina. — Apreciación por el juez de la buena o la mala fe del poseedor. — En casación no procede impugnar a través del planteamiento global del problema probatorio. — Error de hecho y de derecho. — No es dable alegarlos a la vez, respecto de un mismo medio de prueba. — Es fallido pretender deducir el yerro de valoración legal del error de hecho. — El artículo 1757 del C. Civil es una norma de simple régimen probatorio. — Prestaciones mutuas. — Expensas a que tiene derecho el poseedor de mala fe vencido en reivindicación. — El recurso de casación no es una tercera instancia.* — Sentencia de 27 de julio de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Leonor Rodríguez de Sánchez contra José Adán Hernández. — Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón 124

VENTA DE BIENES RAICES. — *Obligaciones recíprocas de los contratantes. — Finalidad de la perfección del acto solemne y del registro. — Efectos del registro del título. — Venta de inmuebles. — La falta de registro de la escritura no enerva la acción de resolución del contrato.* — Sentencia de 28 de julio de 1965. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Berta María Navarro B. contra María Mejía v. de Botero. — Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco 135

SUCESION POR TRANSMISION Y REPRESENTACION. — *Petición de herencia. — Alcance del artículo 1321 del C. C. — Interpretación de las súplicas de la demanda. — Diferencias entre la sucesión por transmisión y por representación.* — Sentencia de 9 de agosto de 1965. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el juicio ordinario promovido por María Esther Rey Rojas v. de Castro y otros contra Zilia Castro v. de Rey Rojas. — Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón 138

Páginas

BOLSA DE VALORES. — *Presunción de la culpa. — Responsabilidad extracontractual. — Situación jurídica de los miembros de la Bolsa. — Se reiteran las doctrinas contenidas en los fallos de 17 de febrero y 11 de mayo de 1964.* — Sentencia de 11 de agosto de 1965. — NO CASA la proferida en el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Renato Taddei y otros contra la Bolsa de Bogotá, S. A. — Magistrado Ponente: Doctor Ignacio Gómez Posse 145

REIVINDICACION DE ACCIONES DE UNA COMPAÑIA ORDINARIA DE MINAS. — *Causal primera de casación. — Concepto de la ley sustancial. — Determinación de los preceptos legales en el recurso de casación.* — Sentencia de 28 de agosto de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio promovido por Encarnación Uribe Muñoz y otros contra Jesús María Velásquez y otros. — Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón 165

ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA. — *La comunidad no es persona jurídica. — Alcance de la acción entablada por un comunero. — Quiebra. — Límites dentro de los cuales obra el sistema de "anulabilidad" de los actos del quebrado. — Cobro. — Para que lo haya no es menester que sea judicial. — El precio en la compraventa de un inmueble hipotecado. — Asunción de hipoteca. — Acción resolutoria de contratos bilaterales. — Recíprocas prestaciones. — Medio nuevo en casación. — Límite de la autonomía del fallador en la valoración de la prueba indiciaria. — La apreciación de las calidades de necesidad, unicidad, pluralidad, gravedad, precisión y conexidad de los indicios, compete al juzgador de instancia. — Acción resolutoria ejercida por el vendedor. — No es incongruente el fallo que al decretar la resolución, ordena en favor del vendedor las restituciones del caso.* — Sentencia de 22 de agosto de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Carlos Londoño Mejía contra Adelaida Giraldo de Piedrahita y otro. — Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón 174

CAUSAL 1ª DE CASACION. — *En qué consiste. — Violación directa y violación indirecta. — Error de hecho y error de derecho.* — Sentencia de 25 de agosto de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Emiliano Navarrete Cárdenas contra Clodomiro Martínez Villarraga. — Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava 194

INSTRUMENTOS NEGOCIABLES. — *Cheques, su régimen legal. — Presunción de autenticidad de firmas. — Responsabilidad por el pago de cheques falsos. — A quién compete la carga de la prueba de falsedad. — Cuenta corriente. — Efectos del error de conducta del depositante en la guarda de su chequera. — Objeto del registro en el Banco de la firma del titular de cuenta corriente. — Uso de sellos privados en los cheques. — Su alcance.* — Sentencia de 26 de noviembre de 1965.— NO CASA la proferida por el Tribunal de Bogotá, en el juicio promovido por la Sociedad Argra Ltda., contra The First National City Bank of New York. — Magistrado Ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán 198

REVISION DE SENTENCIA EN CASO DEL ART. 1030 DEL C. JUDICIAL. — *Objeto jurídico de este litigio y su diferencia con la nulidad de lo actuado en el juicio que se revisa. — La competencia del juez del conocimiento del juicio sometido a la acción de revisión, es materia extraña al proceso de revisión. — Copia de escrituras públicas. — Juez a quien compete ordenar su expedición en el evento del artículo 2062 del C. Civil. — Embargo de bienes corporales muebles. — Cuándo se perfeccionan.* — Sentencia de 7 de diciembre de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario promovido por Ricardo Angel Londoño contra Tomás Vélez Ma-

Páginas

rulanda. — Magistrado Ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán 209

VENTA DE COSA AJENA. — *Alcance de la validez del contrato e inoponibilidad. — Carencia de acción. — No es en rigor de verdad una excepción.* — Sentencia de 7 de diciembre de 1965. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario promovido por Eloísa Held Granados contra Adriana Esther de la Rosa de Martínez.— Magistrado Ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán 218

FILIACION NATURAL. — *La circunstancia de que una presunta hija natural resultase responsable de la muerte violenta de su pretendido padre, no privaría a aquélla de la acción de filiación. — Qué es lo que se ventila en el recurso de casación. — En éste no cabe deducir cuestiones que no fueron planteadas en las instancias.— Causal 6ª de casación. — No es dable alegarla cuando el respectivo motivo de nulidad procesal fue debatido y fallado en la instancia con denegatoria de la nulidad. — Quién puede válidamente alegar la nulidad por falta de citación o emplazamiento.* — Sentencia de 7 de diciembre de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Rosa Elena Bulla de Peñuela contra Mariano Emeterio Rodríguez Trujillo y otra. — Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón 221

INCONGRUENCIA. — *Interpretación de la demanda.* — Sentencia de 7 de diciembre de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio promovido por la sociedad en liquidación "Laboratorios Reco Ltda." contra "Productos Frugal Ltda." — Magistrado Ponente: Doctor Ignacio Gómez Posse .. 226

FILIACION NATURAL. — *Efecto de las sentencias sobre filiación natural. — En la acción que se promueve frente a los herederos del presunto padre natural, el fallo no afecta sino a quienes fueron llamados a la litis. — Demanda. — El requisito de la determinación de los nombres de las partes o de sus representantes. — Nulidad por falta de citación o emplazamiento. — Cuándo se incurre en ella. — Nulidad por ilegitimidad de personería. — Por quién puede ser alegada.*— Sentencia de 10 de diciembre de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio ordinario promovido por Rubén Darío Lara contra Josefa Contreras v. de Clavijo y otros. — Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava 236

RENDICION DE CUENTAS. — *Conversión del juicio especial en ordinario. — Condiciones para que en el recurso de casación sea viable la acusación contra el fallo del Tribunal que decidió el ordinario. — Albacea con tenencia de bienes.— No le es aplicable la sanción establecida para los Guardadores por el Art. 512 del C. Civil. — Nulidad de contrato celebrado por el cuentadante con terceros. — Esta acción no puede acumularse al ordinario de cuentas. — Rendición de cuentas del Albacea. — Al objetante de las cuentas corresponde la prueba de su objeción. — La sentencia definitiva en el juicio de cuentas debe determinar el saldo cierto que se quede a deber por una de las partes a la otra. — Naturaleza del incidente de que trata el Art. 553 del C. Judicial.— En el juicio de sucesión los bienes se justiprecian por su valor comercial. — Posiciones. — Los Arts. 605, 606 y 621 del C. Judicial no establecen presunción alguna de confesión.* — Sentencia de 14 de diciembre de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Etelvina Forero de Rodríguez contra José Torcuato Torres. — Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón 242

SENTENCIAS NO PUBLICADAS

SALA CIVIL

Además de las sentencias publicadas, la Sala de Casación Civil profirió durante los meses de julio a diciembre de 1965, las que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio.

DEMANDANTE	DEMANDADO	FECHA	MAGISTRADO PONENTE
Isabel Restrepo Alvarez de Arboleda.	Francisco Eladio Restrepo Mesa.	2 de julio	Enrique Coral Velasco.
Régulo Pineda y otros.	Julio Ruiz P.	2 de julio	Gustavo Fajardo Pinzón.
Eva Bustos de Lara.	Marcelino Lara M.	5 de julio	Enrique Coral Velasco.
"Transportes Unidos Cruz & Cía. Ltda.".	Gustavo Avila Ariza.	6 de julio	Gustavo Fajardo Pinzón.
Rosa Elena López Bustos.	Salvador Franco O.	7 de julio	Enrique Coral Velasco.
Marco Tulio Berrío Orozco y otros.	Claudio Berrío Franco.	15 de julio	Enrique Coral Velasco.
Hernando Cendales.	Alberto Quijano.	21 de julio	Ignacio Gómez Posse.
Misael Díaz Quiroga.	María Adelina Díaz Quiroga.	22 de julio	Gustavo Fajardo Pinzón.
Sucesorio de Eustaquia Torres de Tividor.		22 de julio	José Hernández Arbeláez.
Héctor Favio Varela.	Daniel Paredes Tenorio.	23 de julio	Enrique Coral Velasco.
Luis Eduardo Jaramillo Botero.	Sigifredo López Echeverri.	27 de julio	José Hernández Arbeláez.
Cenobia García Acosta.	Antonio Melquisedec González y otros.	29 de julio	Arturo C. Posada.
Ana Delia Rivera y otros.	La sociedad "Centrales Eléctricas de Tunja S. A.".	30 de julio	Enrique López de la Pava.
Gonzalo Ramírez Bermúdez.	María Avila Cifuentes.	2 de agosto	José Hernández Arbeláez.
Parcialidad de Indígenas de Toribío.	Ciro Marino Chagüendo.	14 de agosto	Enrique López de la Pava.

DEMANDANTE	DEMANDADO	FECHA	MAGISTRADO PONENTE
Alfonso Araújo.	Antonio Terapués Cuatín.	14 de agosto	José Hernández Arbeláez.
Alcides Israel y Elena Díaz Guevara.	Parmenio Díaz Guevara.	17 de agosto	Enrique López de la Pava.
Angel Arturo Legarda.	Elena Charry de Rada.	21 de octubre	Enrique López de la Pava.
Víctor Spitzer y otro.	Hipódromo de Techo S. A.	25 de octubre	Flavio Cabrera Dussán.
Juicio de sucesión de Nicanor Gómez.		26 de octubre	Ignacio Gómez Posse.
Juicio de sucesión de Gregorio Fajardo Clavijo.		18 de noviembre	Ignacio Gómez Posse.
Juicio de sucesión de Ramón Angel Gómez.		19 de noviembre	Arturo C. Posada.
Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero - Sucursal de San Juan de Nepomuceno.	Mario Puello Varela.	24 de noviembre	Ignacio Gómez Posse.
Jorge Manuel Gómez.	"Productos Quaker S. A.".	26 de noviembre	Flavio Cabrera Dussán.
Sixto Félix Castro Mendoza.	Norberto Milán Castro.	30 de noviembre	Gustavo Fajardo Pinzón.
María Romelia López.	Horacio Jaramillo Calle.	3 de diciembre	Aníbal Cardoso Gaitán.
"Leonidas Lara e Hijos Ltda."	"Rápido Antioquia Ltda.".	3 de diciembre	Enrique López de la Pava.
Vicente Vélez Palacio y otro.	Juan de Dios Marín.	6 de diciembre	Flavio Cabrera Dussán.
Cristobalina Julio Cabarcas.	José Julio Guevara.	9 de diciembre	Aníbal Cardoso Gaitán.
Juicio de sucesión de Juan Telmo Guacas.		9 de diciembre	Gustavo Fajardo Pinzón.
Wenceslao Villalobos.	Eudoro Villalobos y otros.	10 de diciembre	Flavio Cabrera Dussán.
Carlina e Inés Solano Agredo.	Noé Garcés.	10 de diciembre	Aníbal Cardoso Gaitán.
Ana Rosa Bernal Vaca.	Luis Fernando Villarraga Suárez.	16 de diciembre	Enrique López de la Pava.

SALA DE CASACION PENAL

Páginas

INTERPRETACION DE VEREDICTOS. — *Homicidios independientes entre sí, pero conexos materialmente. — Indivisibilidad del veredicto. — La Corte mantiene su doctrina al respecto. — Los términos de la respuesta dada a "un mismo cuestionario" no deben separarse para aceptar los unos y rechazar los otros. — Al existir dos cuestionarios sobre delitos distintos, el jurado tenía que dar dos respuestas, independientes la una de la otra. — Cada delito, en el caso de autos, exigía un veredicto sobre autoría material y sobre responsabilidad penal. — Juzgamiento con la plenitud de las formas propias del juicio. Cuándo es contradictorio un veredicto. — Invocación de las causales 4ª y 7ª de casación penal.* — Con fecha 2 de julio de 1965, la Corte no invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil en la causa adelantada a Paulino Angulo Ariza como responsable del delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo 253

PREVARICATO. — *Interpretación de los Arts. 408 y 407 del C. de P. P. — Elementos constitutivos del prevaricato. — No cabe afirmar que exista dolo y responsabilidad en el Juez que interprete equivocadamente la ley, por error o falibilidad. — En el caso de autos, la imputación hecha a Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, no da base alguna que configure el delito de prevaricato atribuído a los sindicados. — Aplicación del precepto contenido en el ordinal 1º del artículo 437 del C. de P. P.* — Con fecha 6 de julio de 1965, la Corte sobresee definitivamente en favor de los doctores Luis Felipe Palacios, Gilberto Hoyos Ripoll y Diofanor Peñas a quienes se les sindicó por prevaricato como Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla. — Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 259

DELITO DE HOMICIDIO, EN SU ESPECIE DE TENTATIVA. — NULIDAD DE TIPO SUPRALEGAL. — *Acusación a la sentencia con base en la causal 4ª de casación prevista en el artículo 567 del C. de P. P.— Violación del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943.—Características del homicidio frustrado en relación con el homicidio-tentado. — Homicidio imposible. — En los juicios con intervención del jurado, el auto de proceder es la base sobre la cual debe redactarse el cuestionario.—Necesaria armonía entre el auto de proceder, el cuestionario y la sentencia. — Juzgamiento sin el lleno de las formas propias del juicio.— Infracción del artículo 26 de la C. N.* — Con fecha 9 de julio de 1965, la Corte invalida el fallo recurrido, dictado por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado contra Ramón Medina Salguero por el delito de homicidio imperfecto.— Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo 263

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. — *Sentencia. — "Verdad real" distinta de la declarada en el proceso. — Para reparar el error judicial se ha creado la REVISION, que es una acción tendiente a desvirtuar la presunción de verdad de la cosa juzgada. — Normas que regulan este recurso y finalidad específica de las mismas. — Presupuestos probatorios en extremo exigentes para que prospere el recurso. — Causal 5ª de revisión.*— Con fecha 10 de julio de 1965, la Corte niega el recurso de revisión interpuesto respecto del proceso seguido contra José Ramiro Jacobo Arévalo, sentenciado por los delitos de asociación para delinquir y lesiones personales. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 267

Páginas

ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA RESPECTO DE LA EXISTENCIA DE LOS DELITOS DE FALSEDAD Y ESTAFA DETERMINANTES DE LA CONDENA. — VIOLACION DE LA LEY PENAL SUSTANTIVA. — Con fecha 13 de julio de 1965, la Corte invalida el fallo recurrido, dictado por el Tribunal Superior de San Gil en el proceso adelantado a Ceferino Martínez Vesga por los delitos de falsedad y estafa. — Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres 271

TECNICA DE CASACION. — *La Corte no podrá tomar en cuenta causales de casación distintas de aquéllas que hayan sido expresamente alegadas por las partes. —Sentido y alcance de las causales 1ª, 2ª y 3ª de casación penal. — Circunstancias de mayor y de menor peligrosidad.— Los cuatro factores a que se refiere el artículo 36 del C. P., corresponde a situaciones de hecho, tratables mediante el debate probatorio que autoriza la causal 2ª. — Sentencia acusada con base en la causal 1ª de casación, invocada en el carácter de única en ambas demandas. — Delitos de homicidio y robo, imputables en concurso material.* — Con fecha 22 de julio de 1965 se desecha el recurso de casación interpuesto por los procesados Gildardo Gallego Múnera y Olmedo Lozada Escobar contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que los condenó por los delitos antes expresados.—Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres 277

DELITO DE ESTAFA. — PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. — CAUSAL PRIMERA DE CASACION. — *Sentencia dictada en proceso ya prescrito, por errónea interpretación de los artículos 45, 60, 105, 408 y 410 del C. P. — La acción penal como un poder jurídico del Estado. — Características de la acción penal. — Diversos modos de extinción de la facultad punitiva del Estado de Derecho. — Prescripción de la acción penal. — Tesis del Tribunal ad-quem sobre el máximo de la pena que regula el tiempo de la prescripción y criterio de la Corte al respecto.—*

Páginas

El principio de la favorabilidad, en caso de contravención entre dos normas, obliga a aplicar la más favorable al sujeto pasivo de la acción. — Razones del legislador para dividir el Código Penal en sus dos partes general y especial. Superioridad intrínseca de las normas de la llamada parte general. — Sentido y alcance del artículo 60 del C. P. — Pena imponible. — En caso de que los máximos contemplados en la respectiva disposición penal sean superiores a los fijados en el artículo 45 del Código de las Penas, debe convertirse ese máximo de acuerdo con el artículo 60. — Con fecha 29 de julio de 1965, la Corte casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Manizales por medio de la cual condenó a Roberto Paeres Rubio por el delito de estafa. — Magistrado Ponente: Doctor Eduardo Fernández Botero 281

RECURSO DE REVISION. — *Causales 5ª y 3º del artículo 571 del C. de P. P. — Dada la trascendente finalidad de este recurso, la ley subordina su buen suceso a exigentes presupuestos probatorios.* — Con fecha 3 de agosto de 1965, la Corte niega el recurso de revisión del proceso seguido a Marina Muñoz de Moreno, "como violadora del numeral 23 del Art. 7º del D. L. 0014 de 1955". — Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 290

DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTOS. *—Daño genérico en el delito de falsedad en documentos. — Daño específico en alguna hipótesis de esta infracción penal.— Falsedad en instrumentos negociables.— Facultad de la Corte en el examen de la prueba, dentro del recurso de casación.— Designación indirecta del perito y validez de esta prueba. — Testigo único. — Cargos no presentados en la demanda.— Discordancia entre el cargo específicamente determinado en el auto de proceder y el que se tomó en cuenta en la sentencia. — Causal 3ª de casación.* — Con fecha 12 de agosto de 1965, la Corte resuelve no invalidar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá respecto del procesado Gerardo Alejo Huertas e invalidarla parcial-

Páginas

mente en cuanto a la pena impuesta al procesado Escolático Herrera Ortiz.— Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 295

HOMICIDIO. — INCIDENCIA DE LA CONDENA CONDICIONAL Y DE LA REINCIDENCIA EN LA SANCION DEL NUEVO DELITO. — *Aumento de la pena con fundamento en otras circunstancias de agravación demostradas en el proceso. — Ausencia de justificación en los cargos formulados por el actor al fallo recurrido. — Causal 1ª de Casación.* — Con fecha 20 de agosto de 1965, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Pablo Emilio Arango Villalba por el delito relacionado. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 318

DELITO CONTINUADO DE HURTO COMUN. — *Cuestionarios sometidos a los Vocales de los consejos de Guerra Verbales. — Elaboración de éstos de acuerdo con el auto de proceder. — Aplicación de los artículos 559 del C. de J. P. M. y del 28 de la Ley 4ª de 1943. —Delito continuado y concurso material de delitos. — Causales 4ª y 1ª de casación. — Sentencia de acuerdo con el veredicto del jurado y con aplicación del artículo 32 del C. P. —Ineficaz impugnación por supuesta violación de la ley procedimental por haberse pronunciado la sentencia en juicio viciado de nulidad.*— Con fecha 3 de septiembre de 1965, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar por medio de la cual condenó al soldado José Isaías Ortiz Alvarez por el delito de hurto común. — Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 321

ESTAFA. — VALORACION DE LA PRUEBA INDICIARIA. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.—LA DEMANDA CONTRA LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA, DEBE EXAMINAR EXACTAMENTE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS QUE ACEPTO Y APRECIO EL FALLADOR. — Con

Páginas

fecha 26 de septiembre de 1965, no se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Medellín por la cual condenó a Ramón Eduardo López Mazo por el delito relacionado. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 327

FALSEDAD Y ESTAFA. — *Falsedad en instrumentos negociables dentro de la modalidad de fingimiento de firma. — Alcance del ordinal 1º del artículo 231 del C. Penal. — El instrumento público y el instrumento negociable dentro de la esfera de la protección penal. — Integración de los delitos de falsedad y estafa. — Causales 2ª, 1ª y 4ª de casación.* — Con fecha 5 de octubre de 1965, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que condenó a Eduardo Echeverri Villegas por los delitos antes mencionados. — Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres 334

DELITO DE ROBO. — *Competencia de los jueces de circuito para conocer de delitos contra la propiedad según la cuantía. — Investigación de los hechos. — Preexistencia de las cosas hurtadas o robadas. — Causales 4ª, 2ª y 1ª de casación. — Delitos de robo y extorsión. — Su diferencia.* — Con fecha 15 de octubre de 1965, la Corte no invalida la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Tunja, por medio de la cual condenó a Eutimio Peña Acosta por el delito expresado. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 341

DISCONFORMIDAD DE LA SENTENCIA CON EL VEREDICTO DE LOS JUECES DE HECHO.— *Aplicación indebida de la ley penal sustantiva. — Quebrantamiento de los artículos 480 y 499 del C. de P. P. — Apreciación de pruebas por el Jurado y del veredicto por el juez de derecho. — Causales 2ª y 1ª de casación.* — Con fecha 21 de octubre de 1965, la Corte invalida parcialmente el fallo recurrido, proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta en la causa seguida a Gabriel López Aguilar por el delito de ho-

Páginas

micidio. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 348

AUTO DE PROCEDER. — CALIFICACION GENERICA DEL HECHO QUE SE IMPUTA AL PROCESADO. — *La Corte modifica la doctrina contenida en sentencia de 25 de agosto de 1947 (G. J., T. LXIII, Pág. 424) sobre supuesta violación del derecho de defensa cuando se especifica el cargo en la parte resolutiva del auto de proceder.* — Con fecha 21 de octubre de 1965, no se casa el fallo recurrido, proferido por el Tribunal Superior de Pereira, mediante el cual condenó al procesado Marco Aurelio Barona por los delitos de homicidio y hurto. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 353

CONCUSION. — *Crítica de los testimonios de cargo. — Personalidad de los agentes del delito. — Conducta anterior de los procesados. — En la legislación colombiana, el criterio de responsabilidad penal se basa, en parte, en la peligrosidad social. — Error grave del Tribunal al apreciar falsamente la situación demostrada, en lo tocante con la conducta de los incriminados. — Indebida aplicación de los artículos 36, 37, numeral 15 y 38, numeral 1º del C. P. — Elementos estructurales del delito de concusión. — Delitos contra la Administración Pública. — Causales segunda y primera de casación.* — Con fecha 25 de octubre de 1965, la Corte invalida parcialmente la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa seguida a Carlos Camargo Reina y a Carlos Parra Torres por el delito anteriormente expresado. — Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo 359

ABUSO DE CONFIANZA. — SENTENCIA CONDENATORIA, SIN QUE OBRARA EN EL PROCESO, PLENAMENTE ESTABLECIDA, LA PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO. — *Auto de proceder. — Prueba del cuerpo del delito y prueba de la responsabilidad. — Prueba pericial. — Casos en que la objetividad del delito requiere la ayuda de conocimientos técnicos. —*

Páginas

Confesión. — Cuándo se presume verídica. — Definición de confesión y confesión "legítima" según el maestro Carrara. — Interpretación del artículo 255 del C. de P. P. — La Confesión libre y espontánea del reo carecerá de valor, si previamente no se ha demostrado el cuerpo del delito en sus aspectos objetivo y subjetivo. — Investigación de los hechos. — Puntos que debe averiguar el Juez de Instrucción, según Dellepiane. — Procedencia de las causales 2ª y 1ª de casación. — Errada aplicación de la ley penal con violación de los artículos 203 y 255 del C. de P. P. — Con fecha 8 de noviembre de 1965, la Corte invalida la sentencia condenatoria de Jorge Mesa Chica y Alirio García Muñoz, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá por el delito expresado. — Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo 383

RECURSO DE HECHO. — La Sala ratifica su doctrina respecto a que las providencias dictadas con aplicación del artículo 153 del C. de P. P. no son susceptibles del recurso de Casación. — Con fecha noviembre 13 de 1965, la Corte DECLARA bien denegado el recurso. — Magistrado Ponente: Doctor Antonio Moreno Mosquera 390

CURADOR PARA LOS MENORES DE VEINTIUN AÑOS. — LA FALTA DE CURADOR PARA QUE ASISTA EN EL PROCESO PENAL AL SINDICADO MENOR DE VEINTIUN AÑOS DE EDAD, NO DA LUGAR A NULIDAD CONSTITUCIONAL, PUES ELLO NO IMPLICA EL DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA.— LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION NO PROCEDE EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO. — CAUSALES PRIMERA, SEGUNDA, Y CUARTA DEL ARTICULO 567 DEL C. DE P. P. — Con Fecha 29 de noviembre de 1965 la Corte desecha el recurso de casación interpuesta por el procesado Heber Antonio Ortigoza contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta que lo condenó por los delitos de homicidio y robo y declara desierto el mismo recurso en cuanto a los

Páginas

procesados Oscar Antonio Gómez Contreras y Gilberto Fuentes Rangel. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 393

VIOLENCIA CARNAL. — *Formas de consumación que reviste este delito según el artículo 316 del Código Penal. — Cuándo puede integrarse, como delito en sí mismo, el "acceso carnal homosexual", definido en el inciso 2º del artículo 323 del C. Penal. — Apreciación de las prescripciones de la ley respecto a las disposiciones que el Código contiene en materia de delitos "contra la libertad y el honor sexuales". — Testimonio. — Grado de credibilidad atribuible al declarante. — Facultad del Juez para apreciar y decidir sobre el mayor o menor poder de convicción de la prueba. — Causal del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.* — Con fecha 29 de noviembre de 1965 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Faraón Guzmán Guerrero contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó por el delito antes expresado. — Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres 399

CUERPO DEL DELITO. — *En el homicidio, dada la relación causal entre la conducta del agente y el fallecimiento de la víctima, debe tenerse como probado el cuerpo del delito, aún sin diligencia de autosia.* — Con fecha 6 de diciembre de 1965 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué proferida en la causa seguida a Vicente Garzón Díaz por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez .. 402

UNIDAD DEL PROCESO. — *Es obvio que no puede mantenerse la unidad del proceso cuando no todos los sindicados pueden ser llamados a juicio. — No procede reabrir el debate sobre responsabilidad de los juicios en que interviene el Jurado, así se invoque, contra toda técnica, la causal cuarta de casación.* — Con fecha 6 de diciembre de 1965 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil por medio de la cual se condenó a José Agustín Flórez Ariza como responsable de los delitos de homicidio y robo.— Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 407

VEREDICTO Y SENTENCIA. — DEFENSA SUBJETIVA DEL HONOR. — *Circunstancias constitutivas o modificadoras de la responsabilidad. — Grave e injusta provocación. — Elementos tipificadores de la provocación. —El estado de ira como circunstancia de menor peligrosidad contemplada en el numeral 3º del artículo 38 del C. P. — Legitimidad de la defensa subjetiva. — Cuando el veredicto es oscuro y casi contradictorio, es necesario acudir a una interpretación racional del mismo, para proferir la sentencia. — Sanción señalada en el artículo 362 del C. P. para el caso de autos. — En casación, no procede la reformatio in pejus oficiosa. — Causales 2ª y 1ª de casación.* — Con fecha 10 de diciembre de 1965 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga. — Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo 410

DEFRAUDACION EQUIPARADA A ESTAFA. — *El legislador colombiano, en los casos previstos en el artículo 411 del Código Penal, equipara a estafa tentada y a estafa consumada, así no se acuda al empleo de artificios o engaños, pues basta que el delincuente abuse de la deficiencia síquica o de la inexperiencia de la víctima.— Causal segunda de casación.* — Con fecha 14 de diciembre de 1965 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a José Jaime Mogollón García como responsable del delito de estafa. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 418

SENTENCIAS NO PUBLICADAS

SALA PENAL

La Sala de Casación Penal profirió, además, durante los meses de julio a diciembre de 1965, las sentencias que se relacionan a continuación, las cuales no se publican por falta de espacio.

SEGUNDO SEMESTRE DE 1965

SENTENCIA VICIADA DE NULIDAD POR "INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.. — Con fecha 3 de julio de 1965, la Corte invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta en la causa seguida a Máximo Lannes Torrado por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE INTENCIONAL.— *Diligencia del sorteo del Jurado.* — Con fecha 15 de julio de 1965, se desecha el recurso de casación interpuesto por José Damiro Serrato Parra contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que lo condenó como responsable del delito antes relacionado. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta.

LA JUSTICIA PENAL MILITAR NO ES COMPETENTE PARA JUZGAR A LOS MIEMBROS ACTIVOS DE LA POLICIA NACIONAL. — *Carácter eminentemente civil de la Policía.* — Con fecha 31 de julio de 1965, la Corte casa el fallo recurrido, dictado por el Tribunal Penal Militar de Bogotá en el proceso adelantado a Alfonso Orozco Barrios por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Eduardo Fernández Botero.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. — Con fecha 3 de agosto de 1965, la Corte niega la revisión del proceso seguido a José Ildefonso Castaño Tirado por el delito de contrabando. — Magistrado Ponente: Doctor Eduardo Fernández Botero.

REVISION EN MATERIA PENAL. — Con fecha 10 de agosto de 1965, la Corte niega el recurso de revisión de la sentencia, proferida por la Gobernación del Departamento del Meta por medio de la cual condenó a Dámaso González. — Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres.

RECURSO DE REVISION. — Valor probatorio de testimonios extrajudiciales. — Con fecha 11 de agosto de 1965 la Corte niega el recurso de revisión de que fue objeto el Fallo del Tribunal Superior de Aduanas que condenó a Nohemio Coral y Flaminio Avella Ramírez. — Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres.

CONCUSION. — PRUEBA INDICIARIA. — *Facultad de la Corte en la estimación de las pruebas dentro del recurso de casación.* — Con fecha 24 de agosto de 1965 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el proceso seguido a Pedro Danilo Castellanos. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. — *Revisión con fundamentos en el artículo 571 del C. de P. P.* — Con fecha 24 de septiembre de 1965, la Corte ordena la revisión del proceso seguido a Ramón Hernández, por el delito de hur-

to, del cual conocieron, respectivamente, el Juez Promiscuo Municipal de Ortega y el Juez Penal del Circuito de Guamo.— Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez.

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — VIOLACION OSTENSIBLE DEL DERECHO DE DEFENSA. — JUZGAMIENTO SIN EL LLENO DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO. — CAUSAL CUARTA. — DELITO DE ROBO. — Con fecha 28 de septiembre de 1965, la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta por medio de la cual condenó a Miguel Alfonso Jaimes Pacheco, Ramón Gómez y Darío Sánchez por el delito antes mencionado. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez.

ESTAFA. — *Interpretación de la atenuante prevista en el artículo 429 del C. P.* — Con fecha 28 de septiembre de 1965, la Corte no casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá por medio de la cual condenó a Humberto Nieto Castro por el delito antes expresado. — Magistrado Ponente: Doctor Primitivo Vergara Crespo.

DELITO DE ESTAFA. — DEMANDA CARENTE DE LOS REQUISITOS DE FONDO EXIGIDOS POR EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. — CAUSALES 1ª, 2ª y 4ª DE CASACION PENAL. — Con fecha 29 de septiembre de 1965 no se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa adelantada a Raúl Villaveces Neira por el delito enunciado. — Magistrado Ponente: Doctor Primitivo Vergara Crespo.

HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES. — *Se reitera la doctrina relativa a que en los juicios por jurado no es posible admitir la causal segunda.* — Con fecha 21 de octubre de 1965, no se casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a los procesados Silverio Acosta Duarte y a Laurentino Canter Leiva como responsables de los delitos antes relacionados. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez.

REVISION EN MATERIA PENAL. — *Invocación de las causales 3ª y 4ª del artículo 571 del C. de P. P. Cuándo procede el recurso de revisión.* — Con fecha 21 de octubre de 1965, la Corte niega la revisión del juicio seguido contra José Alvaro Roa Díaz. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez.

HOMICIDIO VOLUNTARIO AGRAVADO.— *Las nulidades en la etapa del sumario con relación al derecho de defensa.* — Con fecha 21 de octubre de 1965, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué mediante la cual condenó a reinaldo Conde Figueroa por el delito antes relacionado. — Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres.

REVISION. — *Condiciones para que prospere la causal 5ª de revisión penal.* — Con fecha 21 de octubre de 1965, la Corte niega el recurso de revisión del juicio adelantado a Segundo Adán Arteaga Díaz. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta.

DENOMINACION JURIDICA DE HOMICIDIO. — REINCIDENCIAS. — RELEGACION A COLONIA AGRICOLA PENAL. — Con fecha 25 de octubre de 1965 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Luis Carlos Pérez contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que lo condenó por homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres.

VIOLENCIA CARNAL AGRAVADA. — *No es absoluta la libertad del fallador de segunda instancia para apreciar las pruebas del proceso.* — Con fecha 28 de octubre de 1965, la Corte casa la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Neiva, mediante la cual condenó a Agustín Perdomo Lozada por el delito antes referido.— Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Fernández Botero.

DOBLE HOMICIDIO, EN LA CATEGORIA DE ASESINATO. — *Interpretación del artículo 430 del C. de P. P. — Reemplazo de jurados.* — Con fecha 29 de octubre de 1965 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a José María Castiblanco Lancheros por el delito relacionado. — Magistrado Ponente: Doctor Eduardo Fernández Botero.

CONCURSO DEL DELITO DE HOMICIDIO AGRAVADO CON EL DELITO DE ROBO. — Con fecha 2 de noviembre de 1965 no se casa la sentencia recurrida, pronunciada por el Tribunal

Superior de Medellín en el proceso adelantado a Rogelio Rodríguez Velásquez y José María Flórez por los delitos antes mencionados. — Magistrado Ponente: Doctor Eduardo Fernández Botero.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE DE PROPOSITO. — *Interpretación del veredicto.* — Con fecha 3 de noviembre de 1965 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, dictada en el proceso adelantado contra Aquilino Saray Saray por el delito antes referido. — Magistrado Ponente: Doctor Antonio Moreno Mosquera.

RECURSO DE HECHO. — La Sala ratifica su doctrina respecto a que las providencias dictadas con aplicación del artículo 153 del C. de P. P. no son susceptibles del recurso de casación.— Con fecha 13 de noviembre de 1965 la Sala declara bien denegado el recurso de casación que se interpuso contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Aduanas en el proceso adelantado a Oscar de Jesús y Roberto Antonio Alvarez. — Magistrado Ponente: Doctor Antonio Moreno Mosquera.

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — PRETERMISION DE FORMALIDAD ESENCIAL DEL JUICIO. — DEFENSA Y ASISTENCIA DEL MENOR DE 21 AÑOS QUE SEA PROCESADO EN ASUNTO PENAL. — CURADOR AD-LITEM. — Con fecha 2 de diciembre de 1965 la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales que condenó a Moisés Carvajal Ríos por el delito de homicidio frustrado. — Magistrado Ponente: Doctor Eduardo Fernández Botero.

MODALIDAD DE ASESINATO DEL ORDINAL 5º DEL ARTICULO 363 DEL C. P. — Con fecha 9 de diciembre de 1965 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Germán Hoyos o Muñoz Hoyos contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán que lo condenó como responsable del delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres.

HOMICIDIO DE SIMPLE PROPOSITO. — REEMPLAZO DE UNO O MAS MIEMBROS DEL JURADO. — SENTENCIA Y VEREDICTO. — CAUSALES 4ª Y 3ª DEL ARTICULO 567 DEL C. DE P. PENAL. — Con fecha 10 de diciembre de 1965 no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán que condenó a Telésforo Zemanate Zemanate por el delito antes relacionado. — Magistrado Ponente: Doctor Primitivo Vergara Crespo.

COLISION DE COMPETENCIA. — *Interpretación del Decreto 1290 de 1965.* — Con fecha 11 de diciembre de 1965 la Corte dirime la colisión de competencia surgida entre el Tribunal Superior Militar y el Tribunal Superior de Buga, en el sentido de que corresponde conocer a la jurisdicción penal castrense el proceso seguido a Luis Sánchez Valencia, Luis Alfredo Ospina Pérez, Luis Gonzaga Loaiza Castro e Israel Cardona por los delitos de secuestro y extorsión. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez.

ABSOLUCION POR SUPUESTAS FALTAS GRAVES CONTRA LA ETICA EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACIA. — Con fecha 15 de diciembre de 1965 la Corte revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, que condenó al doctor Melquisedec Amézquita Avila por las imputaciones formuladas y en su lugar lo absolvió de tales cargos. — Magistrado Ponente: Doctor Eduardo Fernández Botero.

SALA DE CASACION LABORAL

Páginas

LA CONFESION COMO MEDIO PROBATORIO RECONOCIDO EN EL DERECHO DEL TRABAJO. — Contrato de trabajo invocado como fuente de salarios, prestaciones e indemnizaciones. — Confesión espontánea, clara y expresa. — Tesis contradictoria e inconciliable expuesta en el petitum de la demanda por el recurrente en casación. — Con fecha 6 de julio de 1965, la Corte no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio ordinario laboral seguido por Pedro Pascual López Arias contra Angel María Molina Vega. — Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez 422

LA PRIMA DE SERVICIO NO ES PARTE INTEGRANTE DEL SALARIO. — Falso entendimiento que la sentencia le asigna al artículo 127 del C. S. T. — Interpretación errónea de este precepto. — Valor de la pensión de jubilación que el Banco de Colombia debe pagar al recurrente en casación. — Con fecha 8 de julio de 1965, se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario seguido por Bernardo Muñoz Botero contra el Banco de Colombia. — Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez 426

INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN. — CARACTER DE ESTAS DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL. — PRESTACIONES SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DE LAS MISMAS. — PENSION MENSUAL DE INVALIDEZ. — La empresa. — Sus características y su noción desde el punto de vista jurídico-económico. — Sujeto del contrato de trabajo. — Protección al trabajo subordinado por parte de la legislación colombiana. — Patronos sin el carácter de empresa. — Prestaciones especiales establecidas en el artículo 338 del C. S. T. — Errónea interpretación del artículo 194 de la misma obra. — Con fecha 15 de julio de 1965, la Corte casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario laboral adelantado por Bárbara León Osorio contra el Hospital de San Vicente de Paúl de esta ciudad. — Proyectó el Auxiliar de Casación Laboral, doctor José Eduardo Gnecco C. 431

JORNADA ORDINARIA Y TRABAJO SUPLEMENTARIO. — FORMAS DE REMUNERACION DEL DESCANSO EN DOMINICALES Y FESTIVOS. — Con fecha 26 de julio de 1965, la Corte casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Pamplona, en el juicio ordinario laboral instaurado por Florentino Castro Arciniegas contra la "Colombian Petroleum Company". — Proyectó el doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 437

EXCEPCION PERENTORIA DE COMPENSACION EN FAVOR DE LA SOCIEDAD DEMANDADA. — Proposición y decisión de excepciones. — Interpretación correcta que debe darse al artículo 32 del C. P. L. — La ley procesal según el criterio del artículo 472 del C. J. — Poderes del Juez en el adelantamiento del proceso y obligación de las partes de demostrar sus respectivas pretensiones. — Formas y libertad de estipulación. — Prueba de las obligaciones. — Con fecha 30 de julio de 1965, la Corte casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario laboral seguido por Ricardo Fernández contra la sociedad "Expreso Suroeste". — Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez 449

Páginas

NATURALEZA DEL VINCULO CONTRACTUAL LABORAL. — Semejanzas y diferencias del contrato de sociedad con el de trabajo. — Existencia del contrato de trabajo. — Exoneración al patrono de la indemnización moratoria. — Error de hecho del Tribunal al no dar por demostrada la buena fe patronal. — Solidaridad del contratista independiente y el Instituto de Fomento Municipal como beneficiario de la obra. — Condena solidaria por salarios insolutos, cesantía y prima de servicio. — Con fecha 31 de julio de 1965, la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida, dictada en el juicio ordinario laboral adelantado por Clodomiro Artunduaga, por el Tribunal Superior de Bogotá. — Proyectó el Auxiliar de Casación Laboral, doctor Eduardo Gnecco C. 456

RELACION DEL TRABAJO SUBORDINADO. — Controversia acerca de la terminación del contrato de trabajo. — Criterios al respecto del Tribunal ad-quem y de la Corte. — Alcance del artículo 64 del C. S. T. — Supuestos errores de hecho por apreciación errónea y falta de apreciación de pruebas. Con fecha 31 de julio de 1965, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el juicio ordinario laboral adelantado por Harold Turek contra Luis Ucrós. Proyectó el Auxiliar de Casación Laboral, doctor José Eduardo Gnecco C. 472

PENSION DE JUBILACION PARA TRABAJADORES FERROVIARIOS DE TALLERES. — Se debe desde la terminación del contrato, después de 20 años de servicios, y no apenas a partir de su reclamo. Reintegro de cesantía definitiva. Exclusión de ésta por la jubilación. Proposición jurídica incompleta cuando el precepto singularizado es simplemente reglamentario y no se relaciona con la disposición legal reglamentada. Supuesto error de derecho en la casación laboral. Con fecha 23 de agosto de 1965, la Corte Casa Parcialmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de trabajo instaurado por Fernando Martínez Cuzaría contra los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade .. 480

SITUACION JURIDICA DE SIMPLE INTERMEDIARIO A TENOR DEL ART. 35 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. Convenio entre la Caja de Crédito Agrario y el Instituto Tecnológico de Chicago. Contrato de trabajo entre la Fundación y el actor. Relación entre el contratista independiente y el simple intermediario. Obligaciones solidarias entre las dos entidades con el trabajador. De acuerdo con lo previsto en el Art. 1757 del C. C., incumbe probar las obligaciones a quien las alega. La acción solidaria del trabajador contra el beneficiario de la obra es una simple garantía legal y sólo procede probada la existencia de la deuda frente al patrono o contratista. Alcance del Art. 34 del CST. El error de derecho en la casación laboral. Análisis de la prueba testimonial. Con fecha 23 de agosto de 1965, no se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Hall Ellis contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez 487

CONTRATO CIVIL COMO VINCULO JURIDICO ENTRE LAS PARTES. — Ausencia de subordinación, elemento esencial del contrato de trabajo, entre el conductor de taxi de servicio público y la propietaria del vehículo automotor. Infundada acusación por errores evidentes de hecho atribuidos a la sentencia recurrida. Con fecha 20 de septiembre de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario laboral instaurado por Miguel Angel Ríos contra Alvaro Rojas Orjuela y Olga Duarte de Rojas. Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau 500

RELACIONES ENTRE UN ESTABLECIMIENTO PUBLICO, DE CREACION LEGAL, Y UNO DE SUS TRABAJADORES. SUPUESTOS ERRORES DE HECHO POR APRECIACION DE PRUEBAS. TRABAJO

Páginas

EN DOMINGOS Y OTROS FESTIVOS. SOBERANIA DEL FALLADOR DE INSTANCIA EN LA ESTIMACION DE LAS PRUEBAS Y ESPECIALMENTE EN LA TESTIMONIAL. — Con fecha 21 de septiembre de 1965, no se casa el fallo recurrido, dictado por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario laboral instaurado por Juan Guillermo Martínez Suárez contra el Colegio de "San Simón" de esa ciudad. Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade 505

CONTRATO VERBAL DE TRABAJO. — Cesantía, primas de servicio y vacaciones no disfrutadas. Causal 1ª del Art. 87 del C. P. del T. Acusación por violación de la ley laboral sustantiva como consecuencia de errores de hecho. Reconocimiento de la excepción de inepta demanda respecto de uno de los demandados. Del acervo prabatorio recogido en el expediente se infiere que el demandante, peluquero de profesión, fue empleado de la demandada. Correcta apreciación del Tribunal adquem respecto de la aplicación del Art. 1794 del C. C., al caso de autos. Con fecha 23 de septiembre de 1965, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario laboral seguido por Luis Roberto Varela contra Angela Arango de Jaramillo y otro. Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau 509

EXCEPCION PERENTORIA DE PRESCRIPCION DE LA ACCION. — Sentencia absolutaria a Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca) por accidente sufrido por aeronave de propiedad de la empresa demandada. Objeto de la excepción perentoria. Prescripción de acciones. Término para la prescripción de éstas. Fenómeno de la prescripción a los derechos y acciones que emanen de los accidentes de trabajo. Derecho a indemnización ordinaria y plena autorizada por el Art. 216 del CST. El momento en que la respectiva obligación se hace exigible varía de un caso a otro, según sean los hechos jurídicos que las configuran. Interrupción de la prescripción consagrada en el Art. 288 CST. La Corte ratifica su criterio al respecto, expuesto en fallo de 21 de mayo de 1963. Con fecha 30 de septiembre de 1965, no se casa la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario laboral instaurado por Telmo Acevedo Osorio contra la empresa de aviación antes expresada. Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes A. 512

EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO DE CONFORMIDAD CON EL ART. 22 DEL C. S. T. — Elementos esenciales de éste y ausencia de riesgo económico para el empleado u obrero. — Con fecha 19 de octubre de 1965 no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio promovido por Isabel Crespo de Escobar contra la Fábrica de Cemento Samper. — Proyectó el Auxiliar, doctor Diógenes Sepúlveda M. 521

NATURALEZA JURIDICA DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, COMO ENTIDAD DEMANDADA.— Los servidores vinculados a esta entidad por contrato individual de trabajo, tienen el carácter de trabajadores oficiales.—Sus relaciones laborales no se gobiernan por el régimen legal del Código Sustantivo del Trabajo, sino por los estatutos especiales que dicten al efecto. Alcance y significación del artículo 492 del C. S. del T. — Derecho a la indemnización moratoria. — Con fecha 25 de octubre de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral seguido por Cecilio Gutiérrez A. contra la Caja de Crédito Agrario. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes A. 526

EMPRESA DE CARACTER ARTESANAL. — Buena fe patronal. — Absolución a los demandados por indemnización por mora. — Con fecha 26 de octubre de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario adelantado por Luis E. Velásquez contra Luis A. Rodríguez y otros.

Páginas

— Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 532

REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE EL ACCIDENTE DE TRABAJO. — SENTIDO Y ALCANCE DEL ART. 99 DEL C. DE P. P. — SUPUESTOS ERRORES DE HECHO. — Faltando la prueba del suceso fortuito, no puede decirse que se haya producido un accidente de trabajo. — Infundado cargo de no pago del auxilio monetario por enfermedad no profesional, por culpa del patrono. — Con fecha 29 de octubre de 1965, no se casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el juicio ordinario laboral seguido por Temístocles Monroy Villate contra Enrique Bejarano Calvo. — Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 536

EXISTENCIA DE LA RELACION DE DEPENDENCIA LABORAL ENTRE DEMANDADO Y EL TRABAJADOR MUERTO EN ACCIDENTE, CUANDO ESTABA A SU SERVICIO. — SEGURO DE VIDA DOBLE. — Prueba testimonial. — Promedios de salarios variables.— Acusación por infracción directa de la ley. — Acción encaminada en la demanda a obtener el pago de seguro de vida doble y no la indemnización por muerte del trabajador en accidente de trabajo, como lo apreció el adquem. — Decisión favorable de la Corte a la petición de pago de seguro doblado. — En este sentido se casa parcialmente la sentencia recurrida. — Con fecha 29 de octubre de 1965, se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio laboral instaurado por Herminia Caicedo contra Efraín López. — Proyectó: Doctor Manuel V. Jiménez, Auxiliar de Casación Laboral 541

PENSION DE JUBILACION RECLAMADA A LA CAJA DE LOS SEGUROS SOCIALES. — Con fecha 10 de noviembre de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio laboral seguido por Cornelio Rodríguez Junco contra la Caja de los Seguros Sociales de Antioquia. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes ... 547

CAUSAL PRIMERA DE CASACION. — Con fecha 13 de noviembre de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral instaurado por Andrés Cerón contra Pedro Manosalva y otra. — Magistrado Ponente: Doctor Víctor G. Ricardo 551

SERVICIOS PRESTADOS POR COMISION EN LA NEGOCIACION DE UN INMUEBLE, CON INTERESES Y COSTAS DEL JUICIO. — Con fecha 24 de noviembre de 1965, la Corte no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio adelantado por Miguel Bernal Moreno contra José María Larrotta. — Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 555

RENUENCIA. — SEGURO DE VIDA POR MUERTE EN ACCIDENTE DE TRABAJO. — VINCULO LABORAL ENTRE LAS PARTES. — Con fecha 24 de noviembre de 1965 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral adelantado por Casimira Nieto V. de Escobar a la Sociedad Constructora de Pavimentos América (Socopán). — Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 560

PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES. — Con fecha 26 de noviembre de 1965 se casa parcialmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Luis Carlos Mendoza Vargas contra la empresa periodística El Tiempo. — Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 569

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION EN MATERIA LABORAL. — Con fecha 30 de noviembre de 1965 la Corte, con ponencia del H. Magistrado doctor Adán Arriaga Andrade acepta la admisi-

Páginas

bilidad del recurso de casación interpuesto por Luis Alfonso Jurado Zambrano contra "Bavaria S. A." 582

COMPROBACION DE LA ACTIVIDAD PERSONAL EN DOMINICALES Y FESTIVOS PATRIOS Y RELIGIOSOS. — Con fecha 30 de noviembre de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario laboral instaurado por Carlina Valencia contra "La Flota El Ruiz Ltda.".— Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade 584

INDEMNIZACION MORATORIA. — Compensación de salarios. — Embargo parcial del excedente. — Impugnación a la sentencia por errores de hecho atinentes a la naturaleza de la relación que movió al empleador a otorgar el crédito a su trabajador. — Necesidad de que el recurrente combata en casación, en forma eficaz, el fallo acusado. — Con fecha 30 de noviembre de 1965 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio laboral adelantado por José María Paba Paba contra Construcciones Nacionales Ltda.— Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo 588

SUSTITUCION DE PATRONOS. — Con fecha 2 de diciembre de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral seguido por Rosa Parra Romero contra la sucesión del señor Alfredo Camacho D. — Proyectó. Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 593

Páginas

PRUEBAS SUPLETORIAS EN JUICIO PARA EL PAGO DE PENSION DE JUBILACION. — Con fecha 7 de diciembre de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio promovido por Jesús Gómez Laverde contra el Departamento de Antioquia. — Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau 603

CONTRATO DE TRABAJO. — Relación laboral. — Técnica del recurso. — Libre apreciación de pruebas por el juzgador de instancia. — Sistemas de libre convicción y de la prueba legal. — Su diferencia. — El cargo por violación directa de la ley, debe plantearse independientemente de toda cuestión de hecho discutida en el proceso. — Interpretación errónea y aplicación indebida. — Aplicación de la norma contenida en el artículo 65 del C. S. T. — Lo atinente a costas no da lugar al recurso de casación. — Con fecha 15 de diciembre de 1965 no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario laboral promovido por José Vicente Salcedo contra la Sociedad Arrocera Bocas del Totare, Ltda. — Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo 608

HOMOLOGACION. — REVISION DE SALARIOS. — La Corte declara exequible el laudo proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento que dirimió el conflicto surgido entre la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios y el Royal Bank of Canada. — Con fecha 16 de diciembre de 1965 así lo resuelve la Sala, con ponencia del H. Magistrado Doctor Adán Arriaga Andrade 619

SENTENCIAS NO PUBLICADAS

SALA LABORAL

Además de las sentencias publicadas, la Sala Laboral profirió durante los meses de julio a diciembre de 1965, las que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio:

Con fecha 7 de julio de 1965, la Corte Casa parcialmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio adelantado por Ernesto Rubio Molina contra la sociedad "Urbanizaciones Martínez Cárdenas & Cía. Ltda.". — Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 9 de julio de 1965, la Corte no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario seguido por Segismundo Collazos Castillo contra la Sociedad "Compañía Colombiana de Maderas Compensada". — Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez.

Con fecha 22 de julio de 1965, no se casa la sentencia recurrida proferida en el juicio laboral adelantado por Manuel Sabogal Pardo contra Manuel A. Beltrán C., en el Tribunal Superior de Bogotá. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes A.

Con fecha 26 de julio de 1965, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio laboral adelantado por Oscar Posada Correa contra la sociedad denominada "González Pardo y Compañía". — Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez.

Con fecha 30 de julio de 1965, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario laboral adelantado por Luis Restrepo Correa, contra el Departamento de Antioquia. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes A.

Con fecha 30 de julio de 1965, no se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio promovido por Sergio Isaza Rincón contra "Ray Construction Corporation." — Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez.

Con fecha 31 de julio de 1965, no se casa el fallo recurrido, proferido por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario laboral adelantado por Ana Fernández Ramírez contra el Departamento de Antioquia. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes A.

Con fecha 31 de julio de 1965, la Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, proferida en el juicio ordinario laboral, adelantado por Ricardo Lapeira contra Gustavo Manrique. — Proyectó el Auxiliar de Casación Laboral, doctor José Eduardo Gnecco C.

Con fecha 13 de agosto de 1965, la Corte no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio promovido por Delfín Osorio contra Leonor Hernández de Londoño. — Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez.

Con fecha 23 de agosto de 1965 la Corte casa la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal

Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral adelantado por Gloria Valencia de Castaño contra Mac Cann Erikson Corporation. — Proyectó el Auxiliar de Casación Laboral, doctor Eduardo Gnecco C.

Con fecha 24 de agosto de 1965, no se casa el fallo recurrido, dictado por el Tribunal Superior de Cali en el juicio seguido por José Sabas Tafur Garcés contra José Marín Z. — Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade.

Con fecha 25 de agosto de 1965, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario laboral seguido por Marcos Fajardo González contra la sociedad Restrepo Manrique & Gutiérrez Ltda.— Proyectó el Auxiliar de Casación Laboral, doctor José Eduardo Gnecco C.

Con fecha 25 de agosto de 1965, la Corte declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario laboral instaurado por Jaime García Romero contra la sociedad denominada "Acueductos y Alcantarillados de Cundinamarca". — Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez.

Con fecha 31 de agosto de 1965, se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio laboral instaurado por Enrique Breslauer contra la sociedad "Estructuras Megal Ltda.". — Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade.

Con fecha 31 de agosto de 1965, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio promovido por Hernán Berrío Zapata contra J. Glottmann S. A. — Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 31 de agosto de 1965, la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por José Rogelio Salamanca contra la sociedad Industrial Alicachín S. A. y la Empresa Mora Angueyra Ltda. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes A.

Con fecha 23 de septiembre de 1965, no se casa el fallo recurrido, pronunciado por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral seguido por José Sánchez contra Deogracias González. — Magistrado Ponente: Doctor Adan Arriaga Andrade.

Con fecha 7 de octubre de 1965 la Corte no casa el fallo recurrido, proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el juicio laboral adelantado por Jacinto Calderón contra la sociedad "Bananeras Don Manuel Ltda.". — Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade.

Con fecha 19 de octubre de 1965 la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario laboral promovido por José Godoy Marín contra Luis Emilio Gutiérrez. — Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade.

Con fecha 21 de octubre de 1965 se casa parcialmente la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio laboral adelantado por Werner Bromet contra la Empresa "Palmin Ltda.". — Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade.

Con fecha 23 de octubre de 1965 no se casa la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio promovido por Gilberto Parra Montoya contra la Compañía de Grasas "Cogra, S. A.". — Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau.

Con fecha 2 de noviembre de 1965 la Corte casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio adelantado por José María Montoya Rosales contra la empresa Colgate Palmolive y Cía. — Proyectó el doctor Manuel V. Jiménez, Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 4 de noviembre de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio laboral adelantado por Enrique Zalamea Lleras contra Marco A. Sierra y otros. — Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 8 de noviembre de 1965 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de trabajo adelantado por Luis Buendía Pérez contra An-

tonio Rueda Terán. — Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 8 de noviembre de 1965 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario laboral instaurado por Conrado Peláez contra el doctor Guillermo Eastman Mejía.— Proyectó: Dr. José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 15 de noviembre de 1965 la Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja dictada en el juicio de trabajo promovido por María Irene Sarmiento contra Aurelio Sarmiento. — Proyectó: Doctor Manuel D. Jiménez, Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 18 de noviembre de 1965 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio adelantado por José Teodoro Arias contra la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol). — Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 30 de noviembre de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral de José A. Traslaviña contra la Sociedad de Comercio denominada "Inversiones San Antonio Limitada". — Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 30 de noviembre de 1965 no se casa la sentencia recurrida proferida en el juicio laboral que José Alvaro Herrera Echeverría siguió a Fernando Martínez y otro ante el Tribunal Superior de Bogotá. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes A.

Con fecha 2 de diciembre de 1965, se casa parcialmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de trabajo instaurado por Camilo Torres Z. contra la Sociedad "Inca Metal Ltda.".— Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 7 de diciembre de 1965 la Corte declara bien denegado el recurso interpuesto en el juicio laboral de Sixta Tulia Montoya contra Ricardo Escobar. — Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade.

Con fecha 13 de diciembre de 1965 se casa parcialmente la sentencia acusada, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral adelantado por Ramón Giraldo Mejía contra el Banco Industrial Colombiano. — Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 15 de diciembre de 1965 no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral adelantado por Marco T. Mondragón contra la Cooperativa de Militares en Retiro Ltda. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes A.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Páginas

PETROLEOS. — *La Corte tiene libertad para apreciar la prueba legal de la propiedad de hidrocarburos, sin sujeción a la tarifa establecida por el artículo 36 del C. de Petróleos. — A la propiedad de hidrocarburos no le es aplicable el régimen que, para establecer el dominio frente al Estado, prevé la Ley 200 de 1936. — Notoriedad de los hechos históricos. — Estos como prueba en el proceso civil.* — Por sentencia de 22 de julio de 1965, se absuelve a la Nación de los cargos que se le formularon en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero adelantado por Bernardo Herrera de la Torre. — Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo 624

SALVAMENTO DE VOTO *del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña en el fallo a que se alude en el punto anterior de este Indice* 639

Páginas

PRESCRIPCION EXTINTIVA DEL DOMINIO. — *Suspensión o interrupción. — Aplicación del Decreto-Ley 328 de 1958 en relación con el Decreto Ejecutivo 1482 de 1959.* — Por sentencia de 27 de julio de 1965, proferida en el juicio ordinario de única instancia adelantado por la "Sociedad Agraria de Colombia Ltda." contra la Nación, se declaran nulas unas Resoluciones dictadas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. — Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau 641

CULPA DEL SERVICIO. — Por sentencia de 30 de julio de 1965, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios adelantado por José Ignacio Giraldo contra la Nación. — Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau 646

PUBLICACIONES DEL FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Esta obra se terminó de imprimir en el mes de agosto de 1974 en los Talleres Gráficos de la Penitenciaria Central de Colombia.

BOGOTA, D. E.