

R E P U B L I C A D E C O L O M B I A

GACETA JUDICIAL
ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXLVII

GACETA JUDICIAL

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

SALA PLENA

Doctor Guillermo González Charry, *Presidente*

Doctor Mario Alario Di Filippo, *Vicepresidente*

Doctor Alfonso Guarín Ariza, *Secretario*

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor Germán Giraldo Zuluaga, *Presidente*

Doctor Alfonso Guarín Ariza, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

Aurelio Camacho Rueda

Ernesto Escallón Vargas

José María Esguerra Samper

Germán Giraldo Zuluaga

Humberto Murcia Ballén

Alfonso Peláez Ocampo

Alberto Ospina Botero (Desde Sep. 10 hasta
Oct. 21, en reemplazo
del Dr. Esguerra Sam-
per).

SALA DE CASACION PENAL

Doctor Alvaro Luna Gómez, *Presidente*

Doctor Evencio Posada, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

Mario Alario Di Filippo

Humberto Barrera Domínguez

Alvaro Luna Gómez

Luis Eduardo Mesa Velásquez

Luis Carlos Pérez

Luis Enrique Romero Soto

Julio Roncallo Acosta

José María Velasco Guerrero

GACETA JUDICIAL

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor Alejandro Córdoba Medina, *Presidente*

Doctor Vicente Mejía Osorio, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

José Enrique Arboleda Valencia

Juan Benavides Patrón

Alejandro Córdoba Medina

Miguel Ángel García B.

Jorge Gaviria Salazar

José Eduardo Gnecco C.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor Luis Sarmiento Buitrago, *Presidente*

Doctor Luis F. Serrano, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

José Gabriel de la Vega

Guillermo González Charry

Luis Sarmiento Buitrago

Eustorgio Sarria

RELATORES: Doctores:

Héctor Roa Gómez, Sala Civil

Hernán Prieto Rincón, Sala Penal

Ignacio Gómez Zapata, Sala Laboral

Rodolfo Mora Mora, Sala Constitucional

Julio a diciembre de 1973.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

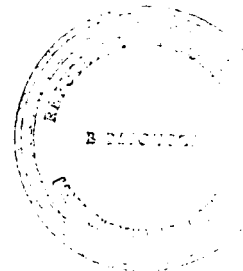
RELATOR CIVIL:
RELATOR LABORAL:
RELATOR PENAL:
RELATOR CONSTITUCIONAL:

Dr. HECTOR ROA GOMEZ
Dr. IGNACIO GOMEZ ZAPATA
Dr. HERNAN PRIETO RINCON
Dr. RODOLFO MORA MORA

TOMO CXLVII — Bogotá - Colombia — Julio a Diciembre de 1973 — Números 2372 a 2377

Sala de Casación Civil

REVALIDACION DEL PAPEL



Declara desierto el recurso por no revalidación oportuna del papel usado en la actuación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

1. En este proceso ordinario instaurado por "Compañía Pesquera Arango Ltda." contra "Compañía de Seguros Skandia S. A.", el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante la sentencia de 28 de agosto de 1971, contra la cual interpuso apelación la entidad demandada.

Y proferido que fue por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 12 de diciembre del año siguiente el fallo de segundo grado, ambas partes propusieron contra éste el recurso de casación, que el ad quem les concedió.

2. Al estudiar la actuación, advirtió la Corte que en el trámite del proceso se emplearon las hojas de papel común, que sin

estar revalidadas, aparecen a los folios 9 y 11 del Cuaderno número 2; 14 del número 4; 20, 26, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44 y 46 del número 7; y 2 y 3 del número 8.

En presencia de esta circunstancia la Sala, al declarar por auto de 14 de mayo pasado admisibles los recursos de casación interpuestos, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 104 del Código de Procedimiento Civil dispuso requerir, "tanto a la demandante como a la demandada, para que revaliden el papel común empleado en la actuación procesal (el que a cada una de ellas corresponda), so pena de que si no lo hicieren oportunamente se les aplicará la sanción prevista" en la norma citada.

3. Sin haber acatado el requerimiento durante el término de ejecutoria del auto que lo ordenó, ni durante el tiempo transcurrido hasta hoy, como lo informa la Secretaría, la demandante-recurrente presenta su demanda de casación.

Para decidir, se considera

1. Como excepción al principio de la gratuidad de la justicia civil, el artículo 103 del Código de Procedimiento Civil, como también lo hacía el estatuto procedimental anterior, ordena que las actuaciones del proceso, con las salvedades que la misma ley determina, se extienden en papel sellado. Y agrega que el que sea menester para el trámite y para las providencias que hayan de dictarse, lo debe suministrar el litigante que promueva el proceso, incidente o recurso, según fuere el caso; y el indispensable para resolver las demás peticiones y para las diligencias y pruebas, quien haya formulado el respectivo pedimento.

2. Ocurre, empero, que como el proceso civil no puede suspenderse por el incumplimiento de dicha carga procesal del litigante llamado a observar esa conducta de realización facultativa, cuya inobservancia trae aparejada para él consecuencias desfavorables, esa misma codificación, mediante la primera parte del artículo 104, autoriza al secretario de la correspondiente oficina judicial para suplir con papel común el sellado que no se suministró oportunamente.

Lo cual no significa, sin embargo, que la aludida carga procesal, ni menos los efectos de su incumplimiento, desaparezcan o se extingan, desde luego que el precepto referido establece que si la parte obligada con ella, después de requerida, no valida el papel común gastado en la actuación "en el término de ejecutoria, no será oída en el proceso hasta cuando suministre estampillas de timbre nacional por el doble del valor del papel debido", salvo que se trate de interposición de recursos o de petición de pruebas.

3. Determinando el alcance del artículo 104 del Código de Procedimiento Civil, dijo la Corte en providencia de 7 de mayo pasado, aún no publicada: "El precepto transcrito estatuye, pues, lo siguiente: a) La parte obligada a suministrar el papel competente incurre en la sanción de no ser oída a partir de la ejecutoria del auto que la requiere para que se efectúe la revalidación; b) No obstante, como excepción a ese principio, la parte renuente podrá ser oída para el solo efecto de solicitar pruebas o

interponer recursos; c) La sanción procesal antedicha, mientras estuviere vigente, no implica que la actuación se suspenda o que los términos dejen de correr; d) La parte requerida podrá ser oída de nuevo a partir del momento en que haya efectuado la revalidación que se le ordenó; de ahí que se exija al Secretario anotar la fecha en que dicha revalidación se efectúe; e) Esa misma parte, al recuperar su derecho a ser oída en el proceso, lo toma en el estado en que se encuentre y, por tanto, sólo podrá hacer uso de los términos que aún no hubiesen expirado".

4. En el caso que aquí se estudia, como se dejó visto en la primera parte del presente proveído, la parte demandante en el proceso, que también lo es en el recurso de casación por ella interpuesto, fue requerida por providencia de 14 de mayo pasado para que revalidara el papel común que le correspondía, por haberse empleado para decidir peticiones formuladas por ella, requerimiento que quedó surtido, al tenor del artículo 326 ibídem, con la notificación del auto respectivo.

Como la orden de revalidación se le impartió al disponerse el traslado de que trata el artículo 373 del Código de Procedimiento Civil, en su inciso 1º, y como la parte obligada no la atendió dentro del término de ejecutoria del correspondiente auto, ni ha cumplido hasta hoy con esa carga procesal, debe seguirse que está incurso en la sanción de no ser oída. Por consiguiente la demanda de casación que presentó no puede tenerse en cuenta.

5. En estas condiciones, y como el término del traslado a la demandante-recurrente se halla vencido, sin que se haya dado cumplimiento a la revalidación ordenada, según lo informa la Secretaría, debe aplicarse lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 373 antecitado.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,

Resuelve:

1º Declárase desierto el recurso de casación interpuesto por la "Compañía Pesque-

ra Arango Ltda." contra la sentencia de 12 de diciembre de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

2º Condénase a esta recurrente en las costas del recurso, y

3º En firme este auto, vuelva el negocio al despacho para imprimirle trámite al re-

curso de casación propuesto por la demandada en el proceso.

Cópiese y notifíquese.

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Esguerra Samper, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

REVISION
(Recurso extraordinario)

Legitimación para interponer este recurso. — Carga probatoria. — Procedencia.
Nulidad como motivo del recurso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, dieciocho de julio de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

“Fundiciones Básicas S. A.” representada por su gerente Alfonso Giraldo, ha interpuesto el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 6 de julio de 1972, en el proceso de ejecución promovido por María Luisa Giraldo de Landínez contra Vicente Giraldo Sucesores Ltda. Como la tramitación del recurso está libre de vicios y se encuentra agotada, la Corte procede a decidirlo.

Dos causales de revisión invoca el recurrente, así:

Primera

“Que, con fundamento en la causal 7ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, se decrete la nulidad de todo lo actuado en el proceso dentro del cual se dictó la sentencia, en razón de haberse pretermitado el procedimiento señalado en el artículo 1021 del anterior Código de Procedimiento Civil, y, de consiguiente, de haberse seguido un procedimiento distinto al citado que era el que legalmente correspondía.

Segunda

“En subsidio de la petición anterior, con fundamento en la causal 6ª... se invalide la sentencia objeto de la revisión y se dicte la que en derecho corresponda, previo el

desembargo de los bienes secuestrados de propiedad de Fundiciones Básicas S. A., en razón de haber existido una maniobra fraudulenta del juez de primera instancia que impidió que se tramitase el incidente de desembargo propuesto... pide también el recurrente que se condene ‘en costas al opositor, si lo hubiere’.”

A) En cuanto a la primera de las causales invocadas, afirma el recurrente que “el proceso ejecutivo en el cual se dictó la sentencia impugnada... está viciado de nulidad absoluta por el motivo contemplado en el ordinal 4º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, en razón de que, una vez practicado el secuestro de los bienes denunciados por la parte actora y puesto que al practicarse dicha diligencia fueron hallados en poder de Fundiciones Básicas S. A., sociedad que se opuso como propietaria y poseedora de los bienes, el juzgado omitió tramitar dicha oposición en la forma como lo disponía imperativamente en el inciso 2º del artículo 1021 del anterior Código de Procedimiento Civil, vigente en aquel momento. La pretermisión de ese procedimiento significa que el juicio se siguió de allí en adelante en forma o por procedimiento distinto del que legalmente correspondía, y esto configura de modo exacto la causal de nulidad...”

B) Respecto de la segunda causal de revisión, dice el recurrente que “la sentencia de excepciones confirmada por el Tribunal mediante el fallo que es objeto de impugnación... fue dictada prematuramente toda vez que antes de ella ha debido tramitarse y decidirse el incidente de desembargo previsto en el artículo 1023 del Código

de Procedimiento Civil, entonces vigente, incidente que no se tramitó por maniobras fraudulentas, tática colusión y subterfugios arbitrarios del Juez 12 Civil del Circuito, que aun cuando no han sido objeto de investigación penal aparecen de manifiesto en los autos, y, con ellos, se le han causado perjuicios graves a la sociedad Fundiciones Básicas S. A., consistentes en que están a punto de ser rematados bienes que le pertenecen a ella para pago de una obligación que no es suya".

Con el propósito de configurar esta causal, el recurrente afirma que "ante la omisión arbitraria del Juez 12 Civil del Circuito al negar la defensa de sus derechos a Fundiciones Básicas S. A., como opositora al secuestro de los bienes de su propiedad", el apoderado de ésta presentó "con la observancia de todos los requisitos legales, la demanda de desembargo"; que el juez "maliciosamente y sin autorización legal, señaló un término perentorio y exiguo para prestar una caución cuantiosamente exagerada"; que, difícilmente obtenida, una póliza de seguros por la cuantía exigida, fue presentada, pero el juzgado se negó a aceptarla y a tramitar el incidente de desembargo, con el argumento de que la caución no se había presentado dentro del término apremiante que él arbitrariamente había señalado. "Esto de señalar una caución elevada y un término apremiante para prestarla, constituye una maniobra, clara e inequívoca, tendiente a impedir el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 687, hecho del cual se infiere un indicio grave de colusión entre ejecutante y juez, o cuando menos manifiesta parcialidad del juez en favor de la parte demandante y contra un tercero"; que "para superar esta maniobra del juez y puesto que la oportunidad para obtener el desembargo no había precluido... volvió a presentar con la observancia de todos los requisitos legales la demanda de desembargo, poniendo de presente que se trataba de una nueva demanda. Pero he aquí que el juez insistiendo en su maniobra, le pide al secretario que informe si la caución fue prestada oportunamente, haciendo caso omiso que se trataba de una nueva demanda para la cual tenía que volver a señalar una caución, y el secretario informa que la caución no fue

prestada oportunamente, y con este argumento el juez se niega a darle trámite a la nueva demanda, y como, ante un memorial de reposición en el que se le pide defina si acepta o no darle curso a la demanda, dice que al rechazar la caución implícitamente estaba rechazada la demanda"; que lo anterior "demuestra una vez más la manifiesta parcialidad del juez y la arbitraria negativa a permitirle el ejercicio del derecho a la sociedad Fundiciones Básicas S. A. como tercero"; y que "prevalido de todas estas maniobras fraudulentas y arbitrarias, el juez dicta sentencia sin haber permitido el trámite del incidente de desembargo y obviamente sin haberle permitido el ejercicio de su derecho a Fundiciones Básicas S. A."

Para una mejor comprensión del problema sub judice, conviene hacer un breve recuento del proceso de ejecución en el cual fue proferida la sentencia objeto del recurso.

1. El 24 de julio de 1970, María Luisa Giraldo de Landínez demandó ejecutivamente a la sociedad "Vicente Giraldo G. Sucesores" para el pago de una suma de pesos con sus intereses y costas. Presentó como recaudo el documento que obra a folio 11 del cuaderno número 1.

2. La parte ejecutante solicitó igualmente que se decretase el embargo y el secuestro preventivos de bienes que denunció como de propiedad de la sociedad deudora, medidas éstas que fueron decretadas en autos de fechas 20 de agosto, 2 y 3 de septiembre de 1970. El juzgado del conocimiento, en esta última fecha, llevó a cabo la diligencia respectiva sobre varios bienes que se encontraron en el apartamento 501 del edificio 84-89 de la carrera 7ª de esta ciudad; estando presente Alfonso Giraldo Tobón, se opuso manifestando que ninguno de los muebles que allí se encontraban pertenecía a la sociedad Vicente Giraldo G. Sucesores. En tal virtud, el juzgado dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 278 del Código Judicial, entonces vigente, y dejó los bienes embargados y secuestrados en poder del citado Giraldo Tobón, en calidad de secuestro. En tal diligencia, manifestó éste que el apartamento 601 (sic) en donde se encontraban los bienes trabados, había si-

do vendido por "Vicente Giraldo G. sucesores" a "Fundiciones Básicas S. A.", mediante escritura número 5581 otorgada el 30 de septiembre de 1969 en la Notaría 1ª de Bogotá y agregó lo siguiente: "Hago constar que en la presente acta he dicho que los bienes muebles del apartamento en que nos encontramos, me pertenecen en mi calidad de dueño, lo cual en este momento me permito aclarar así: Algunos de los muebles son de mi pertenencia y otros muebles, objetos, etc., pertenecen a otras sociedades".

3. El mandamiento ejecutivo se libró el 13 de enero de 1968 (C. 1, Fl. 31 v.) y se intimó al apoderado judicial que designó el representante legal de la sociedad ejecutada, con expresa facultad para actuar en esa diligencia, el 5 de marzo del mismo año. Con fecha 15 de los mismos, el juzgado declaró legalmente embargados y secuestrados dentro del juicio los bienes que lo fueron preventivamente y ordenó su avalúo pericial.

4. El 24 de mayo del mismo año, el Procurador judicial de Fundiciones Básicas S. A., con apoyo en lo dispuesto en el artículo 1023 del Código Judicial vigente, pidió que se decretase el desembargo y el levantamiento del secuestro de los bienes pertenecientes a dicha sociedad que habían sido trabados en la diligencia antes mencionada. El juzgado, en auto del 24 de los mismos mes y año, dispuso que para los efectos de tal solicitud, debía prestarse previamente caución por la cantidad de \$ 100.000.00 dentro de los tres días siguientes a la notificación de esa providencia. Días después, el apoderado de la sociedad solicitante, pidió "la ampliación del término para presentar la caución decretada, ya que el artículo 1023 del Código Judicial, prescribe que ese incidente podrá proponerse en 'cualquier tiempo', antes del remate", petición ésta que por haber sido presentada fuera de tiempo, según informe del secretario del juzgado, fue rechazada por auto del 23 de junio siguiente.

5. Semanas más tarde, estando ya en vigencia el Código de Procedimiento Civil, el apoderado de Fundiciones Básicas S. A. solicitó de nuevo el desembargo de los bienes secuestrados en la referida diligencia del 3 de septiembre, y además, del automóvil Mercedes Benz número D-31111156, peticio-

nes éstas que apoyó en lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 687 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, agregó textualmente que "para efectos de lo prescrito por el mismo (sic) artículo 519 del Código de Procedimiento Civil ofrezco caución con póliza por valor de \$ 100.000.00", la cual acompañó espontáneamente a su solicitud.

6. El juzgado, en auto del 10 de agosto siguiente, se limitó a solicitar informe a la Secretaría acerca de si la mencionada póliza de seguro había sido presentada en tiempo, auto contra el cual el apoderado de Fundiciones Básicas S. A., interpuso el recurso de reposición, alegando que se trataba de una "nueva demanda de desembargo, la cual no fue rechazada por el juzgado, y a la cual se adjuntó una póliza de seguros por la cuantía de \$ 100.000.00". Este recurso fue denegado por el juez diciendo que "la prestación de las cauciones deben (sic) ser exactamente en la forma, cuantía y término que el juzgado señale. Faltando uno de estos requisitos, la caución así prestada, no puede considerarse".

7. El apoderado de Fundiciones Básicas pidió entonces al juzgado que manifestase categóricamente si rechazaba o no la demanda de desembargo que había presentado, en vista de que no había pronunciamiento alguno al respecto, petición a la cual recavó el auto de 23 de septiembre que a la letra dice: "implícitamente, y al no poderse aceptar la caución prestada, el incidente de desembargo no puede tramitarse". El juzgado rechazó luego, con apoyo en lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, la apelación interpuesta contra la providencia últimamente mencionada, por auto de 8 de octubre, contra el cual se interpuso el recurso de queja, negado también por no haberse solicitado en primer término la reposición de éste, según el artículo 378 ibídem.

8. El 2 de abril de 1971, el procurador judicial de la sociedad ejecutada propuso varias excepciones que, previo el trámite de rigor, el juzgado declaró no probadas en sentencia de 2 de febrero de 1972, en la cual asimismo ordenó seguir adelante la ejecución. Por apelación que contra dicho fallo interpuso la misma parte excepcio-

nante, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que lo confirmó el 6 de julio de 1972, providencia ésta contra la que se ha interpuesto el recurso de revisión de que ahora conoce la Corte.

Cuestiones previas

1. Legitimación para recurrir

Sea lo primero advertir que para interponer este recurso extraordinario, se requiere ante todo que el recurrente tenga interés jurídico el que, por regla general, sólo lo tienen quienes fueron partes en el proceso en que se dictó la sentencia cuya revisión se pretende. Sin embargo, cuando se trata de la causal 6ª, con base en el espíritu y en la redacción misma del numeral 6 del artículo 380, puede también invocarla el damnificado que no fue parte, para cuyo efecto en ese caso sí está legitimado para interponer el recurso, porque colusión significa precisamente "pactar en daño a tercero". De lo contrario, jamás se produciría la situación prevista por dicha norma así: "Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes (se subraya) en el proceso en que se dictó la sentencia..." "Esta causal —dice Hernando Morales— que tiende a reprimir la colusión y el fraude procesal, puede alegarse por un tercero en el proceso, que resulte víctima de dichas maniobras de las partes... El caso más frecuente es el de los acreedores, que pueden ejercer en esta forma la llamada acción pauliana procesal que antes se aducía por vía ordinaria, dentro de los cuatro años siguientes a la sentencia, según el artículo 478 de la Ley 105 de 1931". (Curso de Derecho Procesal Civil, 6ª Ed. Bogotá, Pág. 630, Ed. A. B. C. 1973).

Según lo expuesto, como en el presente caso se invocó la causal 6ª de revisión, no es obstáculo para estudiar el recurso que lo haya interpuesto quien no fue parte en el proceso en que se profirió la sentencia objeto del mismo.

2. El thema probandum

a) En el recurso extraordinario de revisión, lo que debe demostrarse son los hechos que afirma el recurrente y que configuran las causales de revisión que éste invoca en la demanda. Tal es la carga probatoria que

pesa sobre quien lo interpone. Las pruebas de tales hechos, en cuanto fuere posible, deben acompañarse a la demanda (Art. 77 del C. de P. C.) o solicitarse en ella, como lo dispone el numeral 5º del artículo 382 ibídem;

b) Para efectos del recurso, las pruebas que obran en el proceso objeto de la revisión sólo serán pertinentes en cuanto tiendan a acreditar las causales invocadas por quien pretende la revisión. "Desde luego —ha dicho la Corte— que el éxito del recurso dependerá de que el revisionista logre o no demostrar la causal alegada en su demanda, mediante pruebas conducentes y plenas, quiere esto decir que el momento en que éstas son apreciadas en definitiva es aquél en que la Corte, surtidos los trámites pertinentes, entra a decidir si niega la revisión impetrada o si por el contrario la considera, y pasa, en consecuencia a sustituir el fallo dictado en el juicio". (Cas. civil, 2 de diciembre de 1967, aún no publicada);

c) El recurso extraordinario de revisión, como lo expresó también la Corte en la sentencia que acaba de mencionarse, "tiene como fundamento ético la reparación de una flagrante injusticia padecida por una de las partes en razón del fallo por revisar, principalmente a consecuencia de actuaciones dolosas y que podrían resultar coonestadas o amparadas con la aplicación rigurosa del principio formal de la autoridad de la cosa juzgada" (ibídem). Su procedencia está condicionada, además del término oportuno en que debe interponerse (Art. 381 del C. de P. C.) —como atrás se dijo—, a que se invoque y se demuestre plenamente alguna de las nueve causales que indica el artículo 380 del mismo Código. El demandante, dado el carácter extraordinario de la revisión, como que es una excepción al principio de la cosa juzgada, tiene la carga procesal de acreditar debida y plenamente la ocurrencia de la causal que invoca, sin perjuicio de las pruebas que la Corte oficiosamente considere necesario decretar con ese mismo fin (Art. 180, ibídem).

3. Procedencia

El recurso en estudio sólo tiene cabida cuando se funda en alguna de las causales de

revisión que taxativamente enumera el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, "de modo que a esta vía excepcional y de derecho estricto —dijo la Corte y ahora lo repite— no se puede ocurrir libremente, como sucede con los recursos ordinarios, por todo el que haya perdido el pleito" (LV, Pág. 533; XCIV, Pág. 489).

Sentadas estas indispensables premisas, se procede al estudio de las causales de revisión que esgrime el recurrente.

Primera causal

De acuerdo con el planteamiento y la sustentación que de éste se hace en la demanda, parece deducirse que se está invocando la que estatuye el numeral 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, puesto que el recurrente pide que "se decrete la nulidad de todo lo actuado en el proceso dentro del cual se dictó la sentencia, y en razón de haberse pretermitido el procedimiento señalado en el artículo 1021 del anterior Código de Procedimiento Civil, y, de consiguiente, de haberse seguido un procedimiento distinto al citado, que era el que legalmente correspondía".

Se tiene en cuenta

Como se expuso en el capítulo "Cuestiones previas", en principio únicamente las partes están legitimadas para interponer el recurso de revisión; los terceros sólo lo están en el caso de la causal sexta, porque en las restantes, en su carácter de tales, la sentencia cuya revisión se pretende no los puede afectar.

Esta sería razón suficiente para rechazar el recurso que por la causal 8ª se interpone en este caso. Sin embargo, desde un punto de vista doctrinario, la Corte considera conveniente agregar lo siguiente:

Respecto de la causal de nulidad que invoca el recurrente para sustentar la de revisión que pretende, la Corte señaló su alcance en sentencia del 20 de marzo del año en curso, aún no publicada (proceso de Mercedes Maya Villegas vs. Oscar Villegas Maya y otros), así:

"Y quizás con el propósito de acabar con las discrepancias que en torno a las teorías de la nulidad constitucional y del antiprocesalismo surgieron entre los jueces, pero

siempre siguiendo el criterio taxativo atrás aludido, el numeral 4 del artículo 152 antecitado elevó a la categoría de nulidad general el hecho de seguir 'un procedimiento distinto del que legalmente corresponda', cuyo fundamento jurídico está en la violación del derecho de defensa que como garantía fundamental establece la Constitución Nacional.

"Como el Legislador no consagró las nulidades procesales por mero prurito formalista, sino con el fin de proteger los derechos vulnerados con la ocurrencia de la irregularidad, el motivo de nulidad previsto en la norma transcrita no podrá hallarse sino en los casos en que, para su composición por la justicia, un conflicto de intereses se somete a procedimiento distinto del indicado por la ley para él, como cuando debiéndosele imprimir el trámite ordinario se le hace transitar por el sendero del abreviado o del especial, en todo o en parte; o cuando siendo de una de estas dos clases se tramita indistintamente por una o por la otra vía, o se acude a las fórmulas esquemáticas propias del proceso ordinario".

La inadecuación del trámite como causal de nulidad no ocurre, pues, cuando en el proceso o en cualquiera de sus incidentes se dejan de cumplir ciertos procedimientos o etapas, sino cuando a éste se le da una tramitación que legalmente no le corresponde. En cambio, si hay nulidad, cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para alegar de conclusión o en el caso de que se pretermita íntegramente la respectiva instancia (Art. 152, Nums. 3, 4 y 5 del C. de P. C.).

Para que el hecho alegado como causal de nulidad, constituya motivo de revisión, requiérese en todo caso que sea "originada en la sentencia que puso fin al proceso" (Num. 8, Art. 380, ibídem), porque las ocurridas antes del pronunciamiento del fallo, son susceptibles de ser alegadas por las partes y de ser declaradas oficiosamente por el juzgador si no se hubieren saneado. Es indispensable también que la sentencia que originó la nulidad no sea susceptible de ningún recurso, pues de serlo, ese vicio puede igualmente alegarse o declararse de oficio, o si fuere el caso, invocarse como

motivo de casación con base en la causal 5ª del artículo 368. La falta de cualquiera de estos presupuestos descarta la ocurrencia de la causal 8ª de revisión.

En consecuencia, la acusación que por este aspecto se ha formulado, está llamada al fracaso.

Segunda causal

Se alega también como causal de revisión la que establece el numeral 6º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, así: "Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente".

Afirma el recurrente que el incidente de desembargo de que trataba el artículo 1023 del Código Judicial, no se tramitó debido a "maniobras fraudulentas, tácita colusión y subterfugios arbitrarios del Juez 12 Civil del Circuito, que aun cuando no han sido objeto de investigación penal aparecen de manifiesto en los autos, y que, con ellos, se le han causado perjuicios graves a la sociedad Fundiciones Básicas S. A., consistentes en que están a punto de ser rematados bienes que le pertenecen a ella para el pago de una obligación que no es suya".

Como hechos constitutivos de la causal en referencia asevera, que el juez del conocimiento se abstuvo de tramitar el incidente previsto en el ordinal 6º, del artículo 687 del Código de Procedimiento Civil, porque "maliciosamente y sin autorización legal señaló un término perentorio y exiguo para prestar una caución cuantiosamente exagerada, pues tratándose de garantizar costas y perjuicios, según lo establece el inciso 2º del numeral 6º del artículo 687 del Código de Procedimiento Civil, señaló cien mil pesos (\$ 100.000.00)". Agrega luego que "difícilmente obtenida una póliza de seguro por la cuantía exigida, fue presentada pero el juzgado se negó a aceptarla y a tramitar el incidente de desembargo, con el argumento de que la caución no se había presentado dentro del término apremiante que él arbitrariamente había señalado. Esto de señalar una caución ele-

vada y un término apremiante para presentarla, constituye una maniobra, clara e inequívoca, tendiente a impedir el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 687, hecho del cual se infiere un indicio grave de colusión entre ejecutante y juez, o cuando menos manifiesta parcialidad del juez en favor de la parte demandante y contra el tercero". Dice también que "para superar esta maniobra del juez y puesto que la oportunidad para obtener el desembargo no había precluido, toda vez que ni siquiera se había tramitado el incidente, y mucho menos se había decidido sobre él..., volvió a presentar con la observancia de todos los requisitos legales la demanda de desembargo, poniendo de presente que se trataba de una nueva demanda. Pero he aquí que el juez insistiendo en su maniobra le pide al secretario que informe si la caución fue prestada oportunamente, haciendo caso omiso de que se trataba de una nueva demanda para la cual tenía que volver a señalar una caución... esto demuestra, una vez más la manifiesta parcialidad del juez y la arbitraria negativa a permitirle el ejercicio del derecho a la sociedad Fundiciones Básicas S. A., como tercero. Por último afirma que "prevalecido de todas estas maniobras fraudulentas y arbitrarias, el juez dicta sentencia sin haber permitido el trámite del incidente de desembargo y obviamente sin haberle permitido el ejercicio de su derecho a Fundiciones Básicas S. A...."

Para resolver, se considera

Sea lo primero advertir, que para la viabilidad de la causal 6ª de revisión se requiere necesariamente la coexistencia de los dos requisitos que señala el numeral 6º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, a saber: la colusión o maniobra fraudulenta de las partes y el perjuicio sufrido por el recurrente.

En el caso sub iudice se observa que durante el término probatorio del proceso ante la Corte, no se adujo prueba alguna tendiente a acreditar la "maniobra fraudulenta" que se atribuye al juez del conocimiento o la "colusión" de las partes, como que todos los declarantes que rindieron tes-

timonio, se limitaron a expresar que los bienes que fueron objeto de la diligencia de secuestro preventivo mencionada pertenecían a la sociedad "Fundiciones Básicas S. A." y que esas declaraciones son las únicas pruebas en el recurso.

En el negocio *sub lite*, en efecto, no aparece prueba alguna que acredite la causal de revisión en estudio. La ejecutante se limitó a ejercer sus derechos como acreedora y a promover en ese carácter un proceso de ejecución contra la sociedad que, mediante el documento presentado como recaudo ejecutivo, se obligó a pagarle la cantidad de dinero por la cual se libró la orden de pago. Esta última, a su vez, ejercitó a plenitud su derecho de defensa. En los autos no hay ningún elemento de convicción de que esas dos partes hubiesen acordado adelantar el proceso mencionado para perjudicar al tercero opositor, quien dicho sea de paso al mismo tiempo era el representante legal de la sociedad ejecutada y de aquella que pidió el desembargo, como aparece de los certificados de la Cámara de Comercio que se acompañaron a la demanda. En efecto, Alfonso Giraldo Tobón, aparece gerente tanto de "Vicente Giraldo G. Sucesores Ltda." como de "Fundiciones Básicas S. A." Este solo hecho descarta por completo, más aún, hace imposible, la colusión o la maniobra fraudulenta de las partes en el mencionado proceso de ejecución, para perjudicar al tercero opositor que afirmó ser dueño de algunos de los bienes embargados y que los demás pertenecían "a otras sociedades".

En segundo lugar, del minucioso examen del expediente relativo al proceso de ejecución de que se trata, no se halla ni el más leve asomo de conducta dolosa o fraudulenta de parte del juez, ni menos aún, del delito de colusión a que se alude en la demanda.

En tercer lugar, no está probado que hubiese ocurrido ese otro requisito fundamental que exige el numeral 6º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil para que tenga cabida el recurso de revisión, o sea que la providencia objeto de éste haya causado perjuicios al recurrente. Ese perjuicio,

como es obvio, tiene que ser cierto y no hipotético o eventual, y además, debe estar plenamente demostrado.

El recurrente hace consistir el perjuicio que alega, en que los bienes que fueron secuestrados en la ejecución "están a punto de ser rematados", lo cual indica en forma muy elocuente que, por este aspecto no se trata de perjuicio cierto, puesto que la subasta aún no se ha llevado a cabo y por otra parte que el depósito judicial sólo se efectuó en forma simbólica, ya que los bienes fueron dejados en poder del opositor.

En estas condiciones, mal puede decirse que la sentencia objeto del recurso extraordinario, vale decir, la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá mediante la cual se confirmó la del inferior que acaba de mencionarse, haya podido causar perjuicios al recurrente, los cuales, en todo caso, no están demostrados en forma alguna.

Como consecuencia 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, deniega el recurso de revisión interpuesto por "Fundiciones Básicas S. A.", contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 6 de julio de 1972, en el proceso de ejecución promovido por María Luisa Giraldo de Landínez contra "Vicente Giraldo Sucesores Ltda."

Condénase al recurrente en costas y perjuicios, los cuales se harán efectivos con cargo a la caución prestada. Estos últimos se liquidarán en la forma y términos que señala el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Esquerro Samper, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

CONFLICTO DE COMPETENCIA

(En procesos sobre privación de la patria potestad).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, ocho de agosto de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Corresponde a la Corte dirimir el conflicto de competencia suscitado entre los jueces de menores de Garzón y de Bogotá, con motivo del proceso que sobre la suspensión de la patria potestad de los menores Gastón Alexander y Mary Carlina promovió la madre de éstos Cecilia Perdomo de Andrade contra Epaminondas Andrade Perdomo en el despacho judicial primeramente nombrado.

Cecilia presentó su demanda ante el Juez de Menores de Garzón y afirmó estar domiciliada en Bogotá y que su demandado lo era de La Plata (Huila), luego de alguna actuación pidió que el proceso se remitiese a un juzgado de menores de esta ciudad, en atención a que “mi esposo no tiene residencia fija, pues actualmente ignoro su paradero” y también a ser éste el lugar de su residencia.

Así lo dispuso el juzgado del conocimiento en providencia del 16 de enero del corriente año, pero el Octavo Civil de Menores de Bogotá, al cual le correspondió en el reparto, se declaró incompetente “por residir los menores... Andrade Perdomo en la localidad de ‘La Plata’ en el Departamento del Huila” y ordenó enviar lo actuado a esta corporación para que decidiese el conflicto.

De lo expuesto en la demanda y de las piezas que obran en el proceso se colige que demandante y demandado viven separadamente; que tienen dos hijos de corta edad; que éstos se hallan en poder del padre, quien tiene su domicilio y trabaja en

La Plata; y que la demandante reside en esta ciudad y pretende que los menores sean depositados en su poder y que al padre se le suspenda la patria potestad. Este último pedimento lo apoya en la afirmación de que el demandado “no tiene residencia fija por cuanto debe estar frente al negocio durante todo el día, dejando los niños abandonados en la pieza donde habita”. Se ignora, sin embargo, cuándo y dónde contrajeron matrimonio Cecilia y Epaminondas.

Se considera

1. En los procesos contenciosos, según lo estatuye el numeral 1º del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, “salvo disposición legal en contrario, es competente el juez del domicilio del demandado”. Es el caso del “forum domicilii rei” que impera como regla general. Existe un fuero concurrente en los eventos que señala el numeral 4º ibídem, y entre ellos, el de litigios sobre pérdida o suspensión de la patria potestad, en los cuales es “también competente el juez que corresponda al domicilio común anterior, mientras el demandante lo conserve”. En cambio, en los de jurisdicción voluntaria, salvo los de guarda de menores, del demente o del sordomudo, de interdicción y de declaración de ausencia o de muerte por desaparecimiento, la regla general es que la competencia corresponde al “juez del domicilio de quien los promueva”, según el numeral 19 del citado artículo 23.

2. Los procesos sobre privación de la patria potestad se tramitan como abreviados (Art. 414, Num. 3º, ibídem) y aquellos en que “conforme a disposición especial debe resolver el juez con conocimiento de causa”, como ocurre con los de suspensión de la patria potestad, según el artículo 311 del

Código Civil están sujetos al trámite del proceso verbal. La ubicación que tienen en el Código de enjuiciamiento civil los procesos abreviados y los de tramitación verbal, vale decir en la Sección 1ª del Libro III, bajo el epígrafe de "procesos declarativos", indica muy claramente que unos y otros son de carácter contencioso o sea de aquellos a que se refiere en el numeral 1º de su artículo 23, para efecto de determinar la competencia por razón del territorio.

3. En las normas de las Leyes 83 de 1946 y 75 de 1968, en cuanto a los litigios referentes a la suspensión de la patria potestad, no hay ninguna que atribuya expresamente a determinado juez de menores, la competencia para conocer de los que a ellos corresponden, esto es, de los menores de 18 años, de suerte, que deben aplicárseles analógicamente los principios del Código de Procedimiento Civil atrás comentados.

4. La suspensión de la patria potestad tiende a proteger a los menores que se encuentran en situación de abandono o de peligro moral o físico, como claramente aparece de lo dispuesto en los artículos 315 del Código Civil, 64 de la Ley 83 de 1946 y 24 de la Ley 75 de 1968. Para precaver o remediar una situación de esa naturaleza, la ley atribuye competencia a los jueces de menores, quienes deben proceder con conocimiento de causa y después de oídos los parientes del niño y el defensor de menores, y están facultados para decretar aun de oficio las pruebas que consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos que dan lugar a la suspensión de la patria potestad. Tales hechos, como es obvio, atañen directamente al menor, al lugar donde se encuentra, al medio que lo rodea, a las circunstancias en que vive y a la persona que lo tiene a su cuidado. De ahí que el citado artículo 24 de la Ley 75, que adicionó al 65 de la Ley 83, disponga que "el juez deberá celebrar audiencias para esclarecer la situación del menor desde el punto de vista del cuidado físico que esté recibiendo, de su educación, de la moralidad del medio en que vive, y de la seguridad de sus bienes".

5. Dijose en el punto anterior que las normas sobre suspensión de la patria potestad buscan la protección de los meno-

res, porque así lo indica la naturaleza de las causales de emancipación judicial que señala el artículo 315 del Código Civil y que son aplicables a esa suspensión, según el numeral 1º del artículo 64 de la Ley 83 de 1946 y lo denotan también sus numerales 2º y 3º. El concepto del artículo 288 del Código Civil, de que la patria potestad era "el conjunto de derechos (se subraya) que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados", fue reemplazado inicialmente por el artículo 53 de la Ley 153 de 1887 y luego por el 13 de la Ley 45 de 1936, cuyo primer inciso fue reproducido por el del artículo 19 de la Ley 75 de 1968, en el sentido de cambiar el verbo dar por reconocer, y de hacer explícita referencia a los deberes que en relación con quienes están bajo patria potestad tiene o quien la ejerce.

6. Lo anterior indica claramente que a falta de disposición legal en contrario, que no la hay, la competencia para conocer de esta clase de procesos la tiene, por regla general, el juez de menores del lugar en donde se encuentran los menores abandonados, para que sea éste quien, para proteger debidamente a esos incapaces y aplicando el principio de la inmediación, pueda practicar las pruebas necesarias para cerciorarse de la existencia de aquellos factores que le permitan determinar si el menor se encuentra o no en estado de abandono o de peligro moral o físico, para someterlo en caso afirmativo a las medidas de asistencia y protección preceptuadas por la Ley 83 de 1946 para los menores de 16 años, entre las cuales puede estar precisamente la de suspensión de la patria potestad.

7. Sentadas estas bases se concluye lo siguiente: a) En los procesos de pérdida o de suspensión de la patria potestad de que conocen los jueces civiles, que por su naturaleza son contenciosos, existe un fuero concurrente: el del domicilio del demandado y el de aquel que corresponda al "común anterior, mientras el demandante lo conserve". b) Por regla general y a falta de norma expresa en contrario, cuando por tratarse de menores de 18 años abandonados el conocimiento de esos procesos corresponde a los jueces de menores, la com-

petencia se determina por la residencia de aquéllos, y muy especialmente, cuando sea el defensor quien lo haya promovido según el artículo 23 de la Ley 75 de 1968; y c) En los demás casos, para fijar la competencia del juez de menores, se aplicarán por analogía las premencionadas normas del Código de Procedimiento Civil.

En los anteriores términos se reitera y se precisa lo expuesto por la Corte en providencia del 11 de octubre de 1972, aún no publicada (Conflicto de competencia entre los jueces de Bogotá, Manizales y Pereira).

8. De lo anterior resulta que en el caso sub judice concurren las situaciones que se contemplan en los puntos b) y c) del acápite precedente: los niños Andrade Perdomo se encuentran en La Plata, dentro de

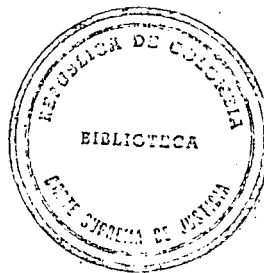
la jurisdicción del Juzgado de Menores de Garzón y el demandado, quien los tiene en su poder, está domiciliado en esa misma población.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, dispone que es competente para conocer de este proceso el Juez de Menores de Garzón a quien se ordena enviar el expediente.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Esquerro Samper, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Angel Antonio Cardoso G., Secretario.



DESISTIMIENTO EN JUICIO DE FILIACION NATURAL

Causal 3ª: la contradicción de las resoluciones ha de ser tal que haga imposible la operancia simultánea de ellas. — Medio nuevo en casación. — El desistimiento: es un acto jurídico.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., agosto dieciséis de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 4 de octubre de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por María Leonor Alvarez o Sierra frente a Ana Rita Tobón vda. de Alvarez como heredera de Lázaro Alvarez Tobón.

II

El litigio

1. Mediante escrito de 21 de agosto de 1968, la citada María Leonor Alvarez o Sierra demandó ante el entonces Juzgado Promiscuo Municipal de San Andrés a la sucesión de Lázaro Alvarez Tobón, "representada" por Ana Rita Tobón viuda de Alvarez, madre legítima del causante, para que previos los trámites del proceso ordinario se tomasen las siguientes determinaciones:

Que "es nulo el desistimiento proferido por ese Juzgado en auto de 28 de noviembre de 1966, dentro del juicio ordinario de filiación natural y petición de herencia de María Leonor Alvarez o Sierra contra la sucesión del señor Lázaro Alvarez Tobón..."; que la demandante, nacida en la población antioqueña de San Pedro el 18 de diciembre de 1935, es hija natural de Lázaro Alvarez Tobón; que, de consiguiente,

tiene derecho a la herencia de éste en concurrencia con la demandada, madre legítima del causante; que ésta debe restituirle, junto con los frutos naturales y civiles producidos, la mitad de los bienes inventariados en la mortuoria del citado Alvarez Tobón; y que si la demandada se opone a las pretensiones de su demandante se la condene en las costas procesales.

2. Como hechos constitutivos de la causa petendi, la demandante invocó los que pueden sintetizarse así:

a) Lázaro de Jesús Alvarez Zuluaga y Ana Rita Tobón contrajeron matrimonio católico en la Parroquia de San Pedro el 15 de enero de 1910, unión en la cual procrearon, entre otros hijos, a Lázaro Alvarez Tobón, cuyo nacimiento ocurrió el 16 de agosto de 1911;

b) Después de algunos años la familia Alvarez-Tobón se estableció en la población antioqueña de San José, en donde en la misma habitación residieron todos sus miembros y ejercitaban, en esa ciudad, sus actividades comerciales en completa armonía familiar;

c) El 16 de diciembre de 1935 nació en San Pedro María Leonor Alvarez, a quien se bautizó en la iglesia parroquial de esa ciudad, haciéndose constar en el acta correspondiente que era hija "de Lázaro Alvarez y Trinidad Sierra";

d) A los pocos meses de nacida, María Leonor fue trasladada de San Pedro a San José, en donde vivió desde muy niña en la casa de la familia Alvarez-Tobón, cuyos miembros todos la reconocieron y trataron como hija de Lázaro Alvarez Tobón, le prodigaron especiales atenciones y en esa calidad la presentaron ante sus amigos y

relacionados, hasta el punto de que las hermanas legítimas de éste "salían a la calle e iban a la iglesia en compañía de María Leonor, pues la reputaban como parte de la familia";

d) Lázaro Alvarez Tobón, quien siempre vivió en la casa de sus padres, desde el nacimiento de María Leonor y hasta la muerte de aquél dio a ésta el trato de hija; en tal condición la matriculó durante los años de 1941, 1942 y 1943, habiendo firmado las actas correspondientes, en la Escuela Normal Superior de esa ciudad, atendió a su establecimiento, prodigándose siempre y públicamente el recíproco tratamiento que corresponde a la relación paterno-filial;

e) El 24 de mayo de 1955, cuando María Leonor iba a contraer matrimonio, Lázaro Alvarez Tobón, citado al efecto por el párroco de San José, ante éste y ante el Vicario Cooperador de la Parroquia, manifestó bajo la gravedad del juramento que era él el padre de aquélla por haberla procreado con Trinidad Sierra. Y al ser preguntado entonces por ese Tribunal Eclesiástico si reconocía como hija suya a Leonor Sierra y si quería que ésta llevara su apellido, contestó: "Sí he reconocido en la vida civil a Leonor Sierra como hija mía. Sí quiero que Leonor Sierra lleve mi apellido";

f) Ocurrido el óbito de Lázaro Alvarez Tobón, el Juzgado Civil del Circuito de Yaramal procedió a liquidar su herencia por el trámite del proceso correspondiente, en el que, por auto de 4 de mayo de 1962, reconoció como heredera a Ana Rita Tobón viuda de Alvarez, en su calidad civil de madre legítima del causante;

g) Luego de iniciado el proceso sucesorio de Alvarez Tobón, María Leonor Alvarez o Sierra propuso ante el Juzgado Municipal de San Andrés acción ordinaria de filiación natural y petición de herencia contra los herederos de aquél, trámite dentro del cual la demandante obtuvo que los bienes herenciales quedaran fuera del comercio, como efecto de la inscripción de la respectiva demanda; dicho proceso ordinario marchó regularmente hasta el momento de darse en traslado a las partes para alegar de conclusión;

h) En curso el proceso sucesorio de Al-

varez Tobón, mediante auto de 18 de enero de 1966 el Juzgado Promiscuo Municipal de San Andrés, al cual había pasado entonces por competencia, reconoció como interesada en la mortuoria a María Leonor Alvarez, en su calidad de hija natural del finado, la que por consiguiente intervino en la práctica de inventario adicional y por medio de apoderado llegó hasta formular demanda de partición de los bienes;

i) Así las cosas, en escrito presentado personalmente el 17 de noviembre de 1966, dirigido al Juez Municipal de San Andrés, con referencia al "juicio ordinario de María Leonor Alvarez o Sierra contra la sucesión de Lázaro Alvarez", la demandante, por intermedio de su apoderado y con fundamento en lo que estatúa el artículo 461 del Código Judicial vigente a la sazón, expresó que "desisto incondicionalmente del pleito por sustracción de materia".

Como razones del desistimiento formulado manifestó la demandante que "el juicio aludido tenía como finalidad su reconocimiento como hija natural de Lázaro Alvarez Tobón" que con posterioridad "a la iniciación de la demanda se logró integrar la partida de nacimiento" suya, y con base en ese documento se solicitó y obtuvo, dentro del proceso sucesorio de Alvarez Tobón, el reconocimiento de ella como interesada en la mortuoria en la calidad pretendida: que la providencia judicial de reconocimiento "se notificó legalmente, está ejecutoriada, constituye una ley del proceso, significa un estado civil que no puede ser desconocido por nadie"; y que, "en estas condiciones, el juicio ordinario no se justifica, perdió su objeto, debe terminar";

j) El juzgado, mediante auto de 28 de noviembre de 1966, aceptó el desistimiento "que hace el doctor Otto Moreno Restrepo del presente juicio, y en forma incondicional, lo cual resuelve el Juzgado con perjuicio del memorialista, que hace el desistimiento, facultado por su poderdante", providencia que fue notificada por inserción en el estado del 30 siguiente;

k) Encontrándose aún en trámite el proceso sucesorio referido, el juzgado del conocimiento declaró, mediante auto de 3 de julio de 1968, la nulidad de su proveído de 18 de enero de 1966, por medio del cual había reconocido a María Leonor Alvarez

o Sierra como heredera de Lázaro Alvarez Tobón y de todas las demás providencias dictadas con base en ese reconocimiento, decisión que luego fue confirmada por el Tribunal Superior de Yarumal. "De este modo, —reza la demanda— se desconoció la personería de María Leonor Alvarez o Sierra para actuar dentro del juicio de sucesión de su padre y se le desvinculó de todo interés de dicho juicio";

1) Surgido este nuevo acontecer procesal, el apoderado de la demandante, con el propósito de revivir el trámite ordinario instaurado para obtener el reconocimiento de su paternidad natural y del que antes había desistido, solicitó la nulidad de dicho desistimiento y la consecuencial prosecución del proceso, pretensión que el Juzgado le denegó en providencia de 29 de mayo de 1968; y

II) "En estas condiciones —dice la demandante a través del hecho 21 de su demanda— el desistimiento presentado por mí dentro del juicio ordinario, y que constituye un acto unilateral de mi parte, es nulo, porque el motivo determinante de ese acto, la causa de él fue el reconocimiento que se había hecho de María Leonor dentro del juicio sucesorio de su padre Lázaro Alvarez Tobón. Y faltando la causa, —añade— el acto debe anularse para que mediante un replanteamiento jurídico en un nuevo juicio ordinario se reconozcan los legítimos derechos de María Leonor Alvarez".

3. Oportunamente la demandada contestó la demanda negando los hechos en ella invocados, salvo los referentes al trámite del proceso sucesorio, a su reconocimiento como interesada en éste y al desistimiento de la acción ordinaria previamente instaurada, los cuales aceptó, y oponiéndose a todas las pretensiones de su demandante.

Afirmó que el reconocimiento de heredera de su hijo que se hizo de la demandante en la mortuoria respectiva, lo fue "porque el juez fue engañado"; pero que la causa del desistimiento del proceso ordinario no fue la que se indica en esta demanda, "sino el miedo a la sentencia. El apoderado de Leonor Alvarez desistió del juicio ordinario sin necesidad de hacerlo, o mejor porque se dio cuenta que en la

sentencia de fondo iba a salir mal librado. No fue otra la causa, por más que ahora alegue disculpas arrimadas por los cabellos". Finalmente propuso las excepciones que denominó inepta demanda, ilegitimidad de personería de las partes, inexistencia de la acción y "la genérica".

4. Trabada así la relación procesal el Juzgado del conocimiento, que a la sazón era el Civil del Circuito de Yarumal, le puso fin a la primera instancia con sentencia de 13 de julio de 1972, mediante la cual resolvió:

"1º Se declara absolutamente nulo el desistimiento presentado anteriormente por el doctor Otto Moreno Restrepo, como apoderado convencional de Leonor Alvarez o Sierra, en relación con otro proceso ordinario sobre filiación natural de dicha señora y petición de herencia que cursó en días pasados ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Andrés, contenido tal desistimiento en memorial que lleva fecha diez y seis (16) de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (1966) y fue aceptado o admitido por el referido despacho jurisdiccional mediante auto calendario el veintiocho (28) de noviembre subsiguiente.

"2º Se declara que María Leonor Alvarez o Sierra de Muñoz, de las precitadas condiciones civiles, nacida en la población de San Pedro (Antioquia) el diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos treinta y cinco (1935), es hija natural del extinto Lázaro Alvarez Tobón y Trinidad Sierra, fallecido el primero de ellos en San José de la Montaña el día ocho (8) de abril de mil novecientos sesenta y dos (1962).

"3º Como consecuencia de la declaración anterior, la expresada señora María Leonor Alvarez o Sierra de Muñoz tiene el carácter de heredera de su padre natural, ya fallecido, Lázaro Alvarez Tobón, con derecho a recoger en la respectiva sucesión la pertinente cuota hereditaria que le corresponde al tenor de la legislación positiva vigente sobre la materia.

"4º Por consiguiente, también como consecuencia de las declaraciones anteriores, la demandada Ana Rita Tobón viuda de Alvarez, está en la obligación de entregar y restituir a María Leonor Alvarez o Sierra de Muñoz, una vez se encuentre ejecutoriada y en firme la presente sentencia, la

cuota o porción hereditaria que le corresponde en dicha sucesión, de conformidad con las precitadas normas legales reguladoras de estas materias.

"5º Es entendido que la pertinente restitución comprende asimismo los frutos naturales y civiles producidos por la aludida cuota o porción hereditaria de bienes, los cuales se regularán posteriormente mediante los trámites incidentales para el caso previstos en los artículos 307 y 308 del Código Judicial.

"6º En su oportunidad se dará cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 370 del Código Civil, en armonía con el artículo 60 del precitado Decreto legislativo número 1260 de 1970. Sobre el particular expídanse los oficios o comunicaciones a que haya lugar.

"7º Se declaran infundadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada.

"Con costas a cargo de la opositora, las que serán tasadas oportunamente por la Secretaría".

5. Inconforme con esta decisión, la parte demandada interpuso contra ella el recurso de apelación por lo que el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, mediante sentencia proferida el 4 de octubre pasado, confirmó el fallo apelado y condenó a la recurrente en las costas causadas en la segunda instancia.

III

Motivación del fallo impugnado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa, de relacionar el desarrollo del proceso y de observar que no hay en él causa de nulidad alguna, acomete el sentenciador *ad quem*, separadamente, el estudio de las diferentes pretensiones que acumuladamente encuentra deducidas en la demanda.

2. En esta tarea, el Tribunal inició sus consideraciones con el análisis de la petición primera, referente a la nulidad del desistimiento de la acción de filiación natural que con anterioridad a la aquí incoada había instaurado María Leonor Alvarez o Sierra, frente a la misma deman-

dada, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Andrés.

En torno a ella, con cita de algunas doctrinas de la Corte en el punto, comienza el sentenciador notando que el estado civil de las personas, por ser de orden público, no puede ser objeto de acto jurídico alguno "que implique el comercio en el sentido legal de esta palabra"; que, de consiguiente, es intransigible y por lo mismo irrenunciable.

Teniendo por cierto e indiscutible, luego del análisis probatorio que al respecto hace, que "realmente existió el juicio ordinario en donde se discutía la filiación, el estado respectivo de María Leonor Alvarez o Sierra" que dentro de él la demandante desistió de sus pretensiones, al considerar que como había sido ya reconocida como heredera de su padre en el sucesorio respectivo, dicho proceso ordinario no se justificaba; y que tal desistimiento fue aceptado por el juzgado de la causa, pasa el fallador a determinar la eficacia de dicho acto procesal, expresando al punto que "ese desistimiento no sólo es nulo absolutamente por quebrantar precisas normas de orden público, sino que, además, desaparecida la causa o razón que lo originó, se relleva mucho más que era condicional".

3. Conclusión de esta primera parte de su estudio es, para el Tribunal, la de que, por implicar renuncia de la acción conducente a que se declare su filiación, el desistimiento que del proceso ordinario formó María Leonor Alvarez o Sierra, aceptado por el juzgado en auto de 28 de noviembre de 1966, es ineficaz y por tanto debe acceder a la declaración de nulidad pedida en la demanda.

4. Emprende en seguida el *ad quem* el análisis de la declaración de paternidad natural que también encuentra deducida, en la demanda incoativa del proceso; advierte que ella debe considerarse a la luz de las regulaciones que en la materia contenía la Ley 45 de 1936, y no la 75 de 1968, por ser aquella y no ésta la que estaba vigente cuando en este negocio se trabó la relación procesal.

En la labor ponderativa de las pruebas aducidas por la demandante para demostrar su filiación, el Tribunal analiza, en

primer lugar, la manifestación jurada que por disposición de la Curia hizo el 24 de mayo de 1955 Lázaro Alvarez Tobón, ante el Párroco de San José y el Vicario Cooperador de la Parroquia, documento cuyo contenido transcribe en su sentencia, expresando que es bastante para justificar la calidad de hija natural de María Leonor Alvarez en relación con Lázaro Alvarez Tobón.

5. Añade el *ad quem*, para fundar la conclusión que en el punto saca, que "la anterior declaración que importa deseo o atención de reconocer la hija y que aparece en forma cierta, sin contradicción alguna, está respaldada para el caso de no ser suficiente con prueba fehaciente sobre la posesión notoria del estado de hija a la luz del artículo 6º de la Ley 45, en relación con los artículos 395, 398, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil".

Al efecto, cita los testimonios de Ramón Peña Gil, Jorge Isaac, Jesús María Zapata, José Domingo Gallego Sossa y David Zapata Guerra, cuyas declaraciones sintetiza en lo esencial, para aseverar "que todos coinciden en afirmar hechos indudables relativos a la paternidad".

6. Finalizando las motivaciones de su fallo, nota el Tribunal, y así lo expresa, que "si la causal del artículo 2º de la Ley 45 se prestara a dudas, todas las demás pruebas indican indudablemente que se ha probado la posesión notoria respectiva, pruebas que neutralizan cualquier duda que pudiera surgir de la conducta de la madre, pues desde los primeros días de la vida la hija fue sustraída de ese medio y vivió como hija del amante en la casa de sus padres". Agrega el sentenciador que "las excepciones de la parte demandada carecen de soporte probatorio o quedan suficientemente desvirtuadas con la prosperidad de la acción".

III

La demanda de casación

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la parte demandada. En la demanda respectiva le formula cuatro cargos: el segundo con fundamento en la causal tercera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; y los tres res-

tantes dentro del ámbito de la causal primera. Todos los cuales estudia la Corte en el orden siguiente, comenzando por el segundo por referirse a un error in procedendo.

Segundo cargo

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal por contener, en su parte resolutiva, declaraciones o disposiciones contradictorias, "que la hacen inejecutable, por acumulación indebida de acciones".

2. Iniciando el desenvolvimiento de esta censura, recuerda el recurrente el contenido del fallo de la primera instancia, confirmado totalmente en la segunda, en cuanto por él se decretó la nulidad del desistimiento del proceso ordinario de filiación natural instaurado previamente por la aquí demandante contra la misma demandada: y, simultáneamente, declara a aquélla como hija natural de Lázaro Alvarez Tobón, con todas sus consecuencias hereditarias.

Y luego de observar que como el alcance de la decisión de nulidad es suprimir los efectos del desistimiento, para revivir la relación jurídico-procesal en la que éste se aceptó, asevera el censor que "los efectos de la resolución de nulidad se contraponen a los efectos de las restantes disposiciones de la sentencia y así se va a reflejar en la ejecución del fallo".

3. Concretando la formulación del cargo, expresa el censor que la sentencia por él impugnada "no es clara, porque el Tribunal defiende al juez que decretó el desistimiento, el poder de conocer y resolver sobre las acciones de filiación natural y petición de herencia que quedaron desistidas, en virtud de su pronunciamiento sobre la nulidad del desistimiento. Y al tiempo, en las restantes disposiciones de su sentencia, el Tribunal resuelve sobre aquello cuyo conocimiento y solución ha deferido a otro órgano jurisdiccional".

Se considera

1. Se ataca el fallo, pues, por cuanto en el proceso se acumularon pretensiones contradictorias: nulidad del desistimiento y declaratoria de filiación natural con sus consecuencias patrimoniales. Pero es lo cierto que:

a) La causal alegada, o sea la tercera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, semejante a la contenida en el mismo ordinal del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, pero con supresión de su parte final que la condicionaba a que la contradicción subsistiera "a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración" de la sentencia. Sobre la cual tiene dicho la doctrina que requiere que en la parte resolutive del fallo aparezcan disposiciones notoriamente contrarias, o sea, que hagan imposible la operancia simultánea de ellas, como si una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y otra el pago, circunstancias que, como se deduce de la exposición del cargo, no se dan en el caso sub lite.

Para que este cargo, fundado en la causal tercera de casación, pudiera prosperar, pues, sería necesario que fueran realmente contradictorias las dos disposiciones mencionadas que contiene la parte resolutive de la sentencia. Mas no lo son. En efecto: para que la contradicción se diera indispensable sería que una de esas disposiciones o resoluciones negara lo que la otra afirma, cosa que no ocurre en el caso que se estudia porque ninguna oposición se presenta en que se anule el desistimiento de un proceso de filiación y, al mismo tiempo, se declare que el desistente es hijo natural. Para que estas dos resoluciones fueran contradictorias entonces menester sería que la declaración consistente en que es nulo el desistimiento conllevara, per se, la negación de que María Leonor Alvarez es hija natural de Lázaro Alvarez Tobón, o que la declaración de serlo entrañara, por sí misma, la imposibilidad de que el desistimiento fuera nulo. No oponiéndose pues, ésto a aquéllo, síguese que las dos apuntadas resoluciones no son contradictorias y que, por ende, no puede estructurarse en este caso, la causal 3ª de casación.

b) Y es que, al aceptar tanto el fallador de primera como el de segunda instancia la acumulación de las pretensiones de la demanda no encontraron la oposición entre ellas, "a primera vista", como lo exige la doctrina jurisprudencial (LXXVIII,

103), entre otras razones por tratarse de una acumulación sucesiva, que se presenta cuando una pretensión se propone condicionada a la circunstancia de que antes sea acogida la antecedente; es decir, con subordinación a ésta. La Corte, después de estudiar detalladamente los fundamentos de las pretensiones que pueden acumularse en una misma demanda, concluye que "se sigue de lo expuesto que siempre que se trate de fundamentos idénticos, diversos pero compatibles y diversos e incompatibles, procede la acumulación, mas siempre en forma subordinada, subsidiaria o eventual" (LXXX, 110).

2. En el caso estudiado, para obtener la solicitada declaración de filiación natural se oponía a la demandante el desistimiento que había hecho y que le había sido aceptado en un proceso anterior; de manera que, el obtener la nulidad de este acto jurídico, le era absolutamente indispensable para demandar nuevamente aquella pretensión. Por consiguiente, ésta se subordina a aquélla, razón por la cual no se encuentra la contrariedad e incompatibilidad que, para admitir la acumulación solicitada, exigía el ordinal 3º del artículo 209 del anterior Código Judicial, requisitos esos que, como ya se dejó dicho con expresión de la misma Corte, debían aparecer "a primera vista". Y tan no aparecían, que la parte demandada tan solo vino a percatarse de ellos, caso de existir, en este recurso de casación, pues ni alegó sobre el particular en las instancias, ni excepcionó como se lo permitían los artículos 330 y 333 de la Ley 105 de 1931. Sobre el particular, esta Corporación tiene dicho que "admitida la demanda por el juez, el demandado, puede proponer la excepción dilatoria de inepta demanda por el mismo motivo, pues una acumulación indebida de acciones (hoy pretensiones) la hace inadmisibles por carencia de los requisitos señalados en la ley (C. J., Arts. 209, 330, 331 y 714)". (LXXVIII, 103).

3. Alégase que el efecto propio de la declaración de nulidad del desistimiento es reanudar el rito del proceso seguido ante el Juez Civil del Circuito de Yarumal, en la etapa en que se había declarado terminado, razón por la cual se abriría la posibilidad de que la pretensión de filiación allí

litigada, que es exactamente la misma decidida por el Tribunal en el proceso a estudio, fuera fallada en sentido adverso al de la sentencia del *ad quem*.

Ese argumento, más aparente que real, carece en el fondo de consistencia para sustentar la causal 3ª, porque tal situación no crea por sí la certeza de que las dos resoluciones mencionadas son contradictorias sino la mera posibilidad, palmariamente remota, de que, a la postre, llegaran a serlo, mas la posibilidad existe también de que las decisiones sean iguales. Y como en tal situación también existe la misma posibilidad de que las resoluciones sean idénticas, síguese que en ninguno de los dos casos existe la contradicción a que se refiere el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil en su punto 3. El motivo de casación mencionado no se levanta sobre la posibilidad de que, en el futuro, pueda presentarse una contradicción entre lo decidido en un fallo y lo que se decida en otro: él fúndase en que, con certeza, las resoluciones contenidas en la parte decisoria de una misma sentencia sean actualmente contradictorias.

4. Finalmente se advierte, que si la demandada sin formular las excepciones de cosa juzgada o pleito pendiente y sin reparos de esta índole afrontó el nuevo proceso ordinario en que la pretensión de filiación era la misma que se litigaba en el proceso desistido, tal actitud no impedía que los jueces de instancia decidieran el fondo de esa pretensión que era uno de los extremos del litigio. Pero si se alegara que estando demostrada una de esas excepciones debían haberlo reconocido así, tal incongruencia podría ser fundamento para formular una impugnación con base en otra causal de casación distinta a la tercera.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Cargos primero y cuarto

1. Primero

Se acusa la sentencia de ser violatoria de los artículos 205, 209 y 737 de la Ley 105 de 1931, en relación con el 40 de la Ley 153 de 1887, 82 y 699 del Decreto 1400 de 1970 y 4º del Decreto 2019 del mismo año, violaciones éstas que llevaron al Tribunal a in-

fringir, por aplicación indebida, los artículos 15, 16, 395, 398, 399, 401, 403, 404, 1740, 1741, 2473, 2469, 1523, 1524, 1322, 1321, 1323, 961, 964, 1008, 1009, 1010, 1011, 1013 y 1042 del Código Civil; 2º de la Ley 50 de 1936; 1º, 2º, 4º-4, 5º-5, 6º y 19 de la Ley 45 de 1936 y 85 de 1887 (sic), refiriéndose quizá el censor a la Ley 153 de ese año, "a consecuencia del error evidente de hecho en la apreciación de la demanda".

2. En su desarrollo, afirma el recurrente que la demanda incoativa del proceso trae deducidas tres pretensiones, a saber: nulidad del desistimiento hecho por la demandante en un proceso anterior; filiación y petición de herencia, a fin de que fuesen estudiadas concurrentemente, sin ser el caso por ser contradictorias, ya que sus efectos las hacen incompatibles entre sí, circunstancia ésta que no vio el sentenciador.

Concreta luego las tres pretensiones acumuladas y los fines por ellas perseguidos, y dice que en los hechos 20 y 21 la demandante concreta los fundamentos de la acumulación al afirmar que desistió del anterior proceso por haber obtenido el reconocimiento de hija natural en el sucesorio de Lázaro Álvarez Tobón que, al ser anulado posteriormente, a petición de la demandada, hizo desaparecer la causa o motivo de tal desistimiento.

Manifiesta además que la demandante, al pretender la nulidad, la concreta al desistimiento y no al proceso, para que aquél y no éste fuese anulado y quedase, en consecuencia, sin eficacia jurídica; agregando que, ejercitada así la pretensión, como los efectos de la nulidad son los de retrotraer las cosas al estado anterior en que se hallaban las partes si no hubiese existido la nulidad del proceso, debe atenderse a tales efectos, y, por tanto, mal puede concluirse que no sea el mismo juez ante quien se desistió el que debe proveer sobre la filiación y sobre la petición de herencia, para disponer por sí y ante sí, acumulativamente y en forma concurrente que otro juez y en "nuevo juicio" fuera quien resolviese las tres pretensiones —nulidad, filiación y petición de herencia— las dos últimas como efecto de la prosperidad de la primera, sin que ello sea posible porque en caso tal ese otro juez usurparía jurisdicción y tendría que declararse inhibido para fallar sobre

las pretensiones concurrentes. Como así no procedió el Tribunal, violó el artículo 209 del Código Judicial, que ha debido acatar, cometiendo con ello un evidente error de hecho al no haber apreciado correctamente la demanda; pues si así hubiese procedido, habría advertido la imposibilidad de acumular tales pretensiones y habría deducido la falta del presupuesto procesal de demanda en forma.

3. Cuarto

Lo formula el censor por violación indirecta, en virtud de aplicación indebida de los artículos 1º, 2º y 4º de la Ley 45 de 1936; y 185, 1787 y 174 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación, por evidentes errores de hecho y de derecho al apreciar unas pruebas y dejar de apreciar otras.

4. Desarrolla el cargo diciendo que el error de derecho lo cometió el sentenciador al tomar en cuenta y darle valor demostrativo a las siguientes pruebas:

a) El certificado expedido por la Diócesis de Santa Rosa de Osos, Gobierno Eclesiástico, según el cual ante el Párroco y el Vicario Cooperador, Lázaro Alvarez, previo juramento "tactis SS. Dei Evangeliiis", declaró ser el padre natural de Leonor Sierra, hija de Trinidad del mismo apellido, a quien "la he reconocido en la vida civil" deseando que lleve su apellido, afirmando que el Tribunal con ello violó el artículo 18 de la Ley 92 de 1938, ya que, de acuerdo con él, "sólo pueden tener el carácter de pruebas principales del estado civil respecto de reconocimientos (viene subrayado) que se verifiquen con posterioridad a dicha ley, las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los funcionarios de que trata dicha ley...";

b) Las declaraciones de Ramón Peña Gil, Jorge Isaac Sierra, Jesús María Zapata, José Domingo Gallejo Sossa, David Zapata Guerra, Rafael Gildardo Vélez y Rodolfo Londoño que constituyen una prueba trasladada de otro proceso que no fue incorporada regularmente, como lo dispone el artículo 174 del Código Judicial en relación con el 185 ibídem, pues que no aparece que hubiese sido practicada ni a pe-

tición de la parte demandada ni con su audiencia".

c) La partida de matrimonio de Leonor Alvarez con Leonel Muñoz Arroyave, traída al expediente en copia expedida por el Juzgado Promiscuo de San Andrés, por cuanto "no aparece que se hubiese pedido por la demandada y practicada con su audiencia", y

d) El certificado de matrícula de Leonor en la Normal Superior María Inmaculada de San José de San Andrés, por cuanto "procede de terceros y no está reconocido".

5. El error de hecho lo hace consistir el recurrente en la indebida apreciación de "las declaraciones de Alejandro Naranjo y Santiago Uribe, testimonios que establecen todo lo contrario de lo que el Tribunal dice. Porque son estos testigos, citados por la parte demandante, quienes precisamente afirman que la demandada vivió con la familia Lázaro Alvarez Zuluaga y Ana Rita Tobón de Alvarez, y fue conocida y tratada como hija de esta familia".

Se considera

1. Como se dejó dicho en el despacho del cargo anterior, el punto de la inacumulabilidad de las pretensiones de la demanda no fue motivo de consideración en las instancias de este proceso: el fallador admitió el libelo correspondiente sin objeción alguna, sin ningún reparo por parte de la demandada, quien se abstuvo de formular la excepción dilatoria pertinente y quien tampoco nada objetó sobre el particular en sus alegatos.

Otro tanto sucede con las pruebas mencionadas en las letras a), b), c) y d) del numeral 4 y las citadas en el 5, ambos anteriores. Ninguna tacha se hizo al respecto por parte de la demandada en el curso de las dos instancias, en el sentido ahora presentado a la Corte. En cuanto al certificado mencionado en la letra a), se dió en las instancias que adolecía de la falla de no haberse adjuntado la prueba de la constitución del tribunal eclesiástico; y en lo que hace a las declaraciones, que no reunían los requisitos rigurosos exigidos por las Leyes 45 de 1936 y 75 de 1968, ya

que ellas mencionan "relaciones de noviazgo y no sexuales".

Por tanto, se trata de medios nuevos que, por ese solo motivo, hacen imprósperos los cargos, ya que, en caso contrario, "se violaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiera echar mano en casación de hechos extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa. Pero, promovidos ya cerrado el proceso, la infirmación de la sentencia con apoyo en ellos equivaldría a la pretermisión de las instancias, de las formas propias del trámite requerido, con quebranto de la garantía institucional de no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio" (CXXXI, 186).

También ha dicho esta corporación lo siguiente, en relación con el aspecto en estudio:

"El cargo planteado por primera vez en casación, con base en defectos rituales que se le imputan a la aducción de la prueba de confesión por medio de unas posiciones antes de juicio, implica un medio nuevo, que no puede ser atendido por la Corte, cuya doctrina rechaza, como medio de esta especie, el hecho de que una sentencia haya tomado en consideración elementos probatorios que como tales no tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, acusación que al ser admitida resultaría violatoria del derecho de defensa de los litigantes y reñida con la índole y esencia del recurso extraordinario" (XCV, 497).

"Es decir, que se viene a acusar en casación la sentencia porque tomó en cuenta elementos probatorios que, como tales, o sea en su modo de ser orgánico, no tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, lo que equivaldría a prevalecerse de un medio nuevo reñido con la idiosincrasia del recurso" (CXXXII, 47).

2. Pero es que, además, pueden hacerse las siguientes reflexiones en cuanto a los cargos en estudio, que conducen también a su rechazo:

a) En lo que hace al primero, viene formulado por los mismos defectos que a la sentencia recurrida se le anotaron en el segundo, los cuales se trataron anteriormente: la acumulación de pretensiones su-

bordinadas estaba permitida por el ordinal 3º del artículo 209 de la Ley 105 de 1931, y tal es el caso; por otra parte, para que el fallador pudiera no aceptar la acumulación de pretensiones, como lo tiene dicho la doctrina jurisprudencial, requeriase que la contrariedad e incompatibilidad entre ellas apareciese a primera vista, y ese no es el caso.

Por lo demás, el alegado error de hecho en la interpretación de la demanda no existe, de tenerse en cuenta lo que esta corporación ha dicho sobre el particular:

"Bien repetido lo tiene la Corte que el error de hecho considerado como punto de partida de una de las especies de la causal primera de casación, solamente se configura cuando el sentenciador ha supuesto un medio probatorio que no existe en los autos, o cuando ha preterido el que sí obra en ellos, hipótesis éstas que comprenden la adulteración de dicho medio por la agregación de un contenido que no tiene (suposición) o por cercenamiento por parte del mismo (preterición). De otro lado, como lo requiere la ley, el referido error ha de ser manifiesto, vale decir, evidente, perceptible a simple vista, pues si su demostración requiere denodados esfuerzos dialécticos y argumentos diversos de los que tocan con la objetividad misma del medio en cuestión, la apreciación del sentenciador no puede ser modificada por la Corte, sencillamente por no ser contraevidente. (Los subrayados son del texto).

"Admitido por la jurisprudencia que el referido error manifiesto de hecho puede ser relevante en el recurso extraordinario cuando versa sobre la demanda, por la trascendencia que los elementos fácticos de ésta alcanzan en la litis contestación, la naturaleza y las características del mismo antes indicadas han de ofrecerse también en este terreno. Dicho error ha de consistir en que el sentenciador haya cercenado el contenido de la demanda o en que le haya agregado elementos que no están en ella. Además, estos precisos vicios de apreciación también han de ser manifiestos en forma tal que su establecimiento pueda verificarse a simple vista y no mediante procedimientos deductivos o inductivos encaminados a desentrañarlos con mayor o menor dificultad" (CXXXII, 208).

El sentenciador, como se deduce de lo expuesto anteriormente, vio la demanda tal como fue presentada; no se separó de ella; decretó las pretensiones en la forma como le fueron propuestas. Luego no le cercenó nada, ni le agregó elementos que no contenía. Por lo demás, el censor no demostró la contraevidencia, por cuanto las características de manifiesto y evidente del error trata de demostrarlas con argumentos diversos, por no ser perceptibles a simple vista.

b) Y por lo que hace al cuarto, caben estas observaciones:

(I) El sentenciador no tomó la certificación de la Diócesis de Santa Rosa de Osos como prueba del estado civil respecto del ... reconocimiento de Leonor por parte de Lázaro. No. Tomó la manifestación de éste ante el párroco como prueba corroborante de la derivada de los testimonios aducidos por la demandante, que en su criterio configuran la causal 2ª que, para declarar judicialmente la paternidad, establecía el artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Lo que es bien distinto, por cierto.

(II) Las declaraciones mencionadas en la letra b) del numeral 4 anterior, si fueron recibidas con intervención de la parte demandada, cumpliéndose el principio esencial de la contradicción. En efecto, el respectivo funcionario certifica que la parte demandante las solicitó y que en el proceso actuó la demandada, a quien ciertamente tuvo que notificársele el auto que las decretó, ya que en la casi totalidad de ellas aparece su apoderado repreguntando a los testigos. Luego no se violó el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil.

(III) Es cierto que los testigos de la parte demandada, Alejandro Naranjo y Santiago Uribe, declaran que como a Leonor se le dio en la casa de los padres de Lázaro un tratamiento afectivo extraordinario, hasta el punto de que era igual al suministrado a las hermanas de éste, los declarantes la juzgaban su hermana. Pero el sentenciador, que las vio y analizó, dio más valor a las citadas en el numeral (II) anterior, en lo cual procedió conforme a sus facultades apreciativas de la prueba, sin que el censor haya demostrado contraevidencia, por lo que el cargo por error de hecho, de acuerdo con lo atrás dicho, no aparece configurado.

(IV) La copia de la partida de matrimonio de Leonor no fue tenida en cuenta por el fallador, por su falta de influencia en el proceso; y el certificado de la Normal Superior, aún en el caso de que no constituyera prueba suficiente, en nada influiría en la decisión cuando han quedado en pie las otras en que la sentencia se fundamenta.

Por todas las razones anteriores, se rechazan las censuras estudiadas.

Cargo tercero

1. Viene formulado por quebranto directo, debido a interpretación errónea de los artículos 1740, 1741 y 1742 del Código Civil, que llevó al Tribunal a infringir, por aplicación indebida, los artículos 2473, 2469, 1523, 1524, 1321, 1323, 716, 964, 1010, 1011, 1013, 1042 del Código Civil: 1º, 2º, 4º-4, 5º, 6º y 19 de la Ley 45 de 1936 y 85 de la Ley 153 de 1887, que fundamenta así:

a) La errónea interpretación de los artículos 1740, 1741 y 1742 del Código Civil se debió a que el fallador tomó el desistimiento, que es un mero acto procesal, como anulable, no siendo ello posible por cuanto él no crea, ni modifica ni extingue ningún derecho, efectos que sólo tienen los actos jurídicos, tales como los testamentos, los que constituyen el origen de las controversias judiciales y generan las declaraciones que son materia del proceso. Cita al efecto jurisprudencia de la Corte (XLV, 820), según la cual "al decir el artículo 1740 del Código Civil que es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para su valor, según su especie y la calidad o estado de las partes, se refiere a los actos o contratos civiles celebrados por la parte a su libre voluntad, entre los cuales no quedan incluidas las sentencias o providencias judiciales".

b) El Tribunal —continúa el censor— también interpretó mal el artículo 461 del Código Judicial, por cuanto entendió el desistimiento como un acto jurídico, que no como uno de procedimiento, al decir que es nulo por quebrantar normas de orden público y por carecer de causa; que, además, el fallador también interpretó mal la sentencia de la Corte que cita en apoyo de su decisión, por cuanto el caso allí expues-

to se relacionó con un desistimiento consecutiva a la anulación de una transacción; y que, por último, estos errores llevaron al sentenciador a dejar de aplicar el artículo 462 del Código Judicial y a aplicar indebidamente las demás normas sustanciales mencionadas en la censura.

Se considera

1. El acto jurídico, ha dicho la Corte, es "una manifestación de voluntad, que tiene por fin la creación, la modificación o la extinción de un derecho" (XCVIII, 102). Y tal es el caso del desistimiento efectuado por la demandante en el proceso que seguía para el reconocimiento judicial de su filiación natural. Ella tenía derecho a que se le definiera esa situación y el desistimiento se lo extinguió. Luego no puede remitirse a duda alguna que se trata de un acto jurídico, comprendido en la disposición del artículo 1740 del Código Civil que, en consecuencia, no pudo ser violado por el Tribunal.

En el concepto de la Corte sobre el acto jurídico, por otra parte, está de acuerdo la doctrina. En efecto, Henoch D. Aguiar, en su tratado sobre "Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley", edición de 1950, dice:

"En general, se está conforme en que el acto jurídico es un acto de voluntad, lícito, realizado con un propósito jurídico inmediato, que no sería otro que los susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones, todo ello mirado desde el punto de vista del que realiza el acto, a quien hay que referirlo en lo que respecta a los efectos jurídicos que está destinado a producir; y desde un ángulo de observación que sólo comprenda el ámbito de los derechos privados del que lleva a cabo el acto..."

2. No interpretó mal el fallador la sentencia de la Corte citada por el recurrente; porque el Tribunal no dijo que el acto jurídico lo constituía la providencia judicial

que aceptó el desistimiento, porque se trata de decisión de un juzgador y por tanto no es una manifestación de voluntad "de quien realiza el acto"; el acto jurídico lo configura la manifestación voluntaria y lícita del desistente, lo que es bien distinto. Y esa manifestación fue la anulada. La resolución del juez de primera instancia, confirmada por el ad quem, es del siguiente tenor: "Se declara absolutamente nulo el desistimiento...", no la providencia que lo aceptó.

No habiéndose violado, pues, los artículos 1740, 1741 y 1742 del Código Civil, no se quebrantaron las restantes normas consecutivas citadas en la censura.

Por las mismas razones, tampoco violó el sentenciador el artículo 461 del Código Judicial que dejó de regir el 1º de julio de 1971, puesto que, como se dejó expuesto, el desistimiento sí es un acto jurídico; ni tampoco el 462 de la misma obra, pues al disponer éste, en la parte mencionada por la censura, que "no se puede proponer nuevamente por la misma parte en la misma vía, salvo lo convenido expresamente en el escrito de desistimiento", se estaba refiriendo a un desistimiento efectivo, vigente, no a uno nulo que es, después de declarada la nulidad, inexistente.

El cargo, pues, resulta impropio.

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 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 4 de octubre de 1972, de que se ha venido haciendo mérito.

Costas a cargo de la parte recurrente en casación.

Cópiase, notifíquese insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Esquerro Samper, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

SALVAMENTO DE VOTO

De los Magistrados doctores Humberto Murcia Ballén y Alfonso Peláez Ocampo.

El proyecto de sentencia inicialmente presentado por el primero de los Magistrados aquí disidentes, y que, luego de discutido, fue rechazado por la mayoría de la Sala, llegaba a las siguientes dos conclusiones fundamentales, a saber: a) La prosperidad del cargo segundo de la demanda de casación y por ende al quiebre del fallo del Tribunal; y b) La reforma de la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar la nulidad del desistimiento y la inhibición de la Corte para decidir lo referente a la filiación natural y la petición de herencia.

Como las razones que en dicho proyecto se exponían continuaban teniendo hoy para nosotros todo su vigor, son ellas las que nos han conducido a no compartir el contenido ni la decisión de la ponencia elaborada por el honorable Magistrado doctor Aurelio Camacho Rueda, razones que con el debido respeto exponemos ahora aquí como fundamento de nuestro disentimiento.

La contradicción de las disposiciones contenidas en el fallo impugnado

A esta primera conclusión hemos llegado con apoyo en las siguientes consideraciones:

Primera

Tiene dicho la doctrina de la Corte que como es la propia razón natural lo que no permite ejecutar coetáneamente las decisiones incompatibles contenidas en la misma sentencia, las que además constituirían obstáculo insalvable para dar a ésta la eficacia debida, cuando las resoluciones de un fallo sean contradictorias entre sí, tal yerro in procedendo puede repararse, a más del

remedio de la aclaración, con el recurso extraordinario de casación.

Al efecto, el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, vigente en el país desde el 1º de julio de 1971, consagró como causal tercera de casación el supuesto consistente en “contener la sentencia en su parte resolutive declaraciones o disposiciones contradictorias”.

Pero si ahora la causal tercera de casación, a la luz de la preceptiva contenida en la disposición legal transcrita, no subordina su procedencia al evento de que previa y oportunamente se haya acudido al remedio de la aclaración de la sentencia, como en el punto sí lo establecía el Decreto 528 de 1964; es lo cierto que hoy el fundamento jurídico, la razón de ser de dicha causal se encuentra únicamente, como también lo estuvo antes, en el hecho de que la contradicción reinante en las resoluciones de la misma sentencia haga imposible la ejecución simultánea de todas ellas.

Segunda

Determinado así el alcance jurídico de la causal de casación en comento, claramente entendemos que su procedencia no se subordina a la acumulación de pretensiones incompatibles en la misma demanda; y que, para deducirla, no le es dado a la Corte rebasar los lindes de la parte dispositiva del fallo impugnado.

Las resoluciones contenidas en la misma sentencia pueden ser contradictorias sin embargo de que la demanda que les dio lugar traiga deducida una sola pretensión: si en aquélla se toman disposiciones que no pueden ser y no ser a la vez, cotejadas entre sí y no con las que hipotéticamente sean susceptibles de pronunciamiento pos-

terior, existirá contradicción y por ello se configura la causal de casación, desde luego que si las unas afirman lo que las otras niegan no es posible ejecutarlas simultáneamente.

Tercera

En materia de enjuiciamiento civil aún campea en la ley colombiana el principio *nemo iudex sine actore*, conforme al cual el proceso contencioso requiere, para su iniciación, demanda de parte interesada. Por lo mismo, si el demandante desiste de su demanda el proceso fenece, porque tratándose en tal ocurrencia de un acto de voluntad respecto a un derecho renunciabile el juez no tiene entonces facultad para continuarlo, cuando el actor expresamente desea su terminación.

Según lo establece el artículo 342 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, como también lo consagraba el estatuto procedimental anterior, el desistimiento de la demanda, ora sea unilateral o ya bilateral, constituye una de las formas o maneras de ponerle fin al proceso y produce los efectos de una sentencia adversa al demandante. Consiguientemente, una vez declarado por el juez el desistimiento de la demanda, la correspondiente relación procesal termina, y no es posible revivirla sino en el caso especial de que la desistencia sea anulada mediante fallo ejecutoriado proferido en proceso anterior.

Cuarta

En el caso presente el Tribunal de Medellín, al confirmar la sentencia proferida por el juez a quo, decretó la nulidad del desistimiento del proceso ordinario que con el fin de establecer su filiación natural había instaurado previamente María Leonor Álvarez o Sierra contra los herederos de Lázaro Álvarez Tobón; y, a la vez, reconoció a aquélla como hija natural de éste, con las consecuencias de orden patrimonial que emanan de dicho estado.

Pues bien, sin albergar en nuestra mente cotejo alguno de estas disposiciones con las que hipotéticamente puedan proferirse en fallo posterior, las decisiones contenidas en la sentencia aquí impugnada, conside-

radas en sí mismas y fundamentalmente a través de los efectos que ellas producen, son ciertamente antagónicas y no susceptibles, sin contrariar la lógica de las cosas, de ejecución simultánea; porque si el decreto de nulidad del desistimiento trae como efecto obligado e inevitable la revivificación del proceso en que se presentó la desistencia, en el cual se ventila precisamente la pretensión de filiación natural también incoada en el presente, repugna a la lógica hacer aquí pronunciamiento sobre cuestiones que constituyen el único objeto de decisión en la sentencia que debe proferirse para ponerle fin normal a la relación procesal revivida.

Definir judicialmente el estado civil de hija natural de la demandante en relación con Lázaro Álvarez, que es lo que se hace en la resolución segunda de la sentencia impugnada; y a la vez dejar *sub lite* ese mismo estado para que se defina en otro fallo, pues en esto se traduce la primera declaración de la misma sentencia, es, a nuestro juicio, estar en presencia de disposiciones que se contradicen y que recíprocamente se destruyen. Declarar la nulidad de un desistimiento para que, como consecuencia natural y obvia, se resuelva la controversia suscitada en el proceso revivido; y a la vez decidir aquí lo que, según el mismo fallo, debe ser resuelto allá, es tanto como reconocerle efectos al decreto de nulidad pero negárselos simultáneamente.

Mediante las resoluciones segunda a quinta del fallo de 13 de julio de 1972, que fue confirmado por el Tribunal de Medellín, a la aquí demandada Ana Rita Tobón vda. de Álvarez se le impone el estado de la demandante como hija natural de Lázaro Álvarez, con las consecuencias hereditarias pertinentes; pero al propio tiempo, y por virtud del decreto de nulidad del desistimiento contenido en la resolución primera del mismo fallo, se le restablecen los derechos de contradecir la pretensión deducida por la demandante en la relación procesal revivida y de obtener una sentencia, que aun cuando hoy es de contenido incierto, va a versar sobre las mismas situaciones jurídicas que se le han impuesto con el fallo proferido en el presente proceso.

Quinta

Si se acepta que el desistimiento de la demanda es nulo y así se declara judicialmente, el proceso a que ella dio lugar renace y las partes tienen derecho a que se les decida el conflicto de intereses, que al través de él se le ha presentado para su composición al órgano jurisdiccional del poder público.

Sin embargo de que así no se determine expresamente en el fallo correspondiente, ese es y tiene que ser el efecto propio de la declaración de nulidad, consagrado por el artículo 1746 del Código Civil y según el cual "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo"; principio jurídico éste cuya observancia no podría hacerse nugatoria ni aun por consideraciones montadas sobre la economía procesal.

Sexta

Con muchísimo respeto notamos, por último, que si la demandada en el proceso no propuso en forma expresa la excepción de cosa juzgada, edificó sin embargo su defensa principalísimamente, como se advierte en su extenso escrito de contestación al libelo inicial, en el hecho de la terminación por desistimiento del procedimiento que en punto de filiación natural y de petición de herencia había instaurado previamente la aquí demandante.

Dijo en efecto paladinamente, y lo repitió al través de todo ese escrito y en alegatos posteriores, que "en cuanto a la acción de filiación natural y de petición de herencia, no tienen (sic) existencia procesal por disposición legal, al decir del artículo 462 que no se podrá proponer nuevamente la misma demanda por la misma parte y por la misma vía. Ya precluyó. Como es bien sabido, este desistimiento fue unilateral, como lo autoriza el artículo 461 y no hubo convenio, desde luego, con la otra parte sobre ningún asunto, ni hubo transacción sobre nada, como trata de decir el actor".

Y si esta fue la posición que la deman-

dada asumió en el proceso, ilógica hubiera sido de su parte la formulación de una excepción de pleito pendiente, porque para ella, que consideró válido el desistimiento, ningún litigio sobre ese punto quedaba pendiente. Como, pues, exigirle que propusiera una excepción edificada en hechos que desde el inicio del proceso ella consideró inexistentes?

La nulidad del desistimiento

El proyecto de sentencia que no fue compartido por la mayoría de la Sala, luego de casar el fallo del Tribunal y de revocar el de primera instancia, decretaba la nulidad del desistimiento, pero por carencia de causa, con base en las siguientes consideraciones:

Primera

Mediante la súplica primera de su demanda, cuya procedencia determina como la subordinante de las demás incoadas en su libelo, pretende la demandante que la justicia declare nulo el desistimiento propuesto por la actora, dentro del proceso ordinario instaurado en el juzgado promiscuo municipal de San Andrés por María Leonor Álvarez o Sierra contra los herederos de Lázaro Álvarez Tobón, y que fue aceptado por el juzgado de esa causa mediante auto de 28 de noviembre de 1966.

Como hechos fundamentales de dicha pretensión, expresó la demandante que considerándose hija de Lázaro Álvarez Tobón inició, después de muerto éste, proceso ordinario contra su heredera reconocida Ana Rita Tobón vda. de Álvarez, a fin de obtener su reconocimiento de hija natural del causante, con las consecuencias patrimoniales que de dicho estado surgen, trámite que marchó normalmente hasta la etapa de alegatos de conclusión; que como para entonces había logrado, dentro del sucesorio de Álvarez Tobón, el reconocimiento de la calidad por ella pretendida, desistió del proceso de filiación natural previamente instaurado, "por cuanto obtenido el fin que me proponía dentro del juicio de sucesión, no tenía objeto seguir adelante con el juicio ordinario aludido"; que

después de aceptado el desistimiento del ordinario, el juez que conocía del suceso, a instancia de la demandada, por auto de 3 de julio de 1968, confirmado por el Tribunal de Yarumal, declaró nula la providencia que había reconocido a la demandante como heredera del causante; y que, desaparecido con esta decisión el único motivo de desistimiento, éste "carece de causa real", por lo que tal "acto debe anularse para que mediante un replanteamiento jurídico en un nuevo juicio ordinario se reconozcan los legítimos derechos de María Leonor Alvarez".

Segunda

El planteamiento que de la cuestión litigiosa ostenta el libelo demandador, pone de manifiesto claramente que la pretensión de nulidad del desistimiento se hace derivar de la falta de causa de dicho acto, y no de que él carezca de objeto lícito, como con evidente falta de técnica procesal lo dedujo en su fallo el juez de la primera instancia.

Siendo, pues, aquélla y no ésta la razón que anima la demanda; y habiendo sido además esa la situación fáctica que demarcó el ámbito dentro del cual se desenvolvió el proceso, debe ser ella y no otra la que, al momento de fallar, delimite el campo de la decisión correspondiente, según lo pregonan el principio de la inalterabilidad de la demanda. Porque si bien es cierto que al pronunciar su sentencia debe el juez resolver sobre la pretensión incoada, considerándola tanto en su objeto como en su razón, para acogerla o rechazarla; también lo es que le está vedado, como consecuencia del aludido principio, conceder lo suplicado, pero con apoyo en supuestos de hecho distintos de los afirmados en la demanda.

Tercera

El desistimiento, como modo anormal de poner fin a la relación procesal, consiste en una declaración de voluntad tendiente a terminar o renunciar a la demanda, o a ésta y a la pretensión en algunos casos.

Sin embargo de que en determinadas ocasiones surge de un acuerdo previo entre las partes, hipótesis en la cual se hace in-

dispensable el consentimiento conjunto de éstas, la ley colombiana establece (Art. 342 del C. de P. C.), como regla general, el desistimiento unilateral de la demanda, o sea que no requiere el asentimiento del demandado, pues implica para el demandante la renuncia de su pretensión en todos los casos en que si se hubiera dictado sentencia ésta habría hecho tránsito a cosa juzgada. Por consiguiente, sólo en aquellos eventos en que el fallo no habría producido tales efectos, el desistimiento de la demanda no implica la renuncia del derecho material, el cual por tanto puede hacerse valer posteriormente, mas utilizando vía procesal distinta de la empleada en el juicio desistido, salvo que el demandante declare expresamente renunciar a él.

Cuarta

Dado el carácter incondicional que nuestra ley predica para el desistimiento unilateral de la demanda, aceptado éste se cierra para el demandante, cuando menos, la posibilidad de intentar nuevamente el reconocimiento de la misma pretensión a través de idéntico proceso, salvo que la desistencia sea declarada nula por sentencia posterior.

Mas como siempre implica una declaración de voluntad, a virtud de la cual el demandante renuncia a determinados derechos, el desistimiento subordina su eficacia a la concurrencia de los cuatro requisitos que conforme al artículo 1602 del Código Civil son necesarios para la validez de todo acto jurídico, vale decir, al consentimiento del desistente, su capacidad para formularlo, la existencia de una causa y un objeto lícitos. Lo cual quiere decir que la incondicionalidad del desistimiento no se opone a la posibilidad que le asiste a quien lo formula de atacarlo por nulidad; ni menos a que la justicia lo declare inválido, cuando por una u otra razón lo encuentre ciertamente ineficaz.

Quinta

Para la validez de los actos jurídicos el derecho positivo colombiano exige, a más de otros requisitos, que ellos tengan causa real y lícita. Y entiende, según lo preceptúa el artículo 1524 del Código Civil, "por causa el motivo que induce al acto o con-

trato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”.

Y como la expresión causa real que empleó el legislador en la norma precitada, no puede tener otro significado jurídico que motivo cierto y realmente existente; forzoso es aceptar que cuando el declarante cree en un móvil que no existe efectivamente, su acto resulta con causa falsa, lo que en últimas se traduce en ausencia de causa. Para predicar la ineficacia de un acto o contrato tanto da que éste carezca de causa, como que teniéndola ella resulte aparente, falsa o simulada.

Tiene dicho la doctrina de la Corte, que “como consecuencia de la doctrina consagrada en nuestro derecho positivo, la causa no es exclusivamente el elemento mecánico de la contraprestación, sino que junto a éste hay un móvil indisolublemente ligado a la obligación. El acto volitivo obedece fatalmente a móviles que han inducido la voluntad y han sido conocidos de las partes” (XLVII, 251).

Y en oportunidad más reciente, expresó que el artículo 1524 del Código Civil debe ser aplicado “en la plenitud de su sentido, esto es, comprendiendo en la causa, al lado de su valor orgánico e intrínseco, la intención del sujeto al celebrar el acto”. Y añade que no es que “la teoría de los móviles haya suplantado la concepción clásica de la causa, sino que en forma más humana, real y ponderada, dentro del desarrollo del derecho y en seguimiento de una finalidad ética, ha aumentado el ámbito del viejo criterio; y, por lo mismo, en situaciones normales, la causa, como elemento estable, tendrá un funcionamiento que necesariamente habrá de ceder cuando los móviles íntimos y determinantes se aparten de aquella concepción” (XCV, 471).

Sexta

En el caso que aquí se estudia es palmar que María Leonor Alvarez desistió del proceso ordinario, instaurado por ella ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Andrés contra los herederos de Lázaro Alvarez Tobón, impulsada por la única razón de que para entonces se la había reconoci-

do como heredera de éste en el respectivo proceso sucesorio.

En documento de 16 de noviembre de 1966, en el cual plasmó su voluntad, la actora expresó clara y paladinamente por qué y para qué desistía: por causa de que el interés jurídico cuya tutela perseguía en el ordinario se le había reconocido ya en el sucesorio; y para no continuar aquel proceso, carente entonces, por identidad de objeto, de finalidad. Por boca de su apoderado, manifestó en efecto en ese escrito: “El juicio aludido tenía como fin obtener el reconocimiento de la señora María Leonor Alvarez o Sierra como hija natural del señor Lázaro Alvarez Tobón. Mas con posterioridad a la iniciación de la demanda se logró integrar la partida de nacimiento de la señora Alvarez y con base en tal documento se solicitó el reconocimiento de la señora Alvarez o Sierra como hija natural de Lázaro Alvarez dentro del juicio de sucesión de éste que se tramita actualmente en ese mismo juzgado. Usted hizo ese reconocimiento, que no mereció ningún reparo de la señora Ana Rita Tobón de Alvarez. Esa providencia se notificó legalmente... En estas condiciones, el juicio ordinario no se justifica, perdió su objeto, debe terminar”.

Y si bien es cierto que esos claros y definidos móviles determinantes del desistimiento existían en el momento en que éste se formuló, no lo es menos que, por haberse invalidado posteriormente el reconocimiento de la interesada como heredera en la sucesión de su presunto padre, sin culpa imputable a ella, el fin concreto del desistimiento desapareció, advino finalmente a carecer de existencia efectiva, lo que no permite que dicho acto subsista hoy por falta de causa real. De no aceptarse esta conclusión habría que decir que a la demandante se le ha privado, sin razón justificable alguna, del derecho de acción para investigar su paternidad, lo que es a todas luces inadmisibile.

Pronunciamiento inhibitorio en relación con las demás súplicas de la demanda

El atrás referido proyecto de sentencia traía, en torno a las pretensiones de filia-

ción natural y de petición de herencia también deducidas en este proceso, un pronunciamiento inhibitorio que se edificó sobre las siguientes consideraciones:

Primera

Siendo consecuencia obligada del decreto judicial de nulidad del desistimiento la revivificación del proceso a que dicho acto se refiere, el que por tanto debe continuar su curso normal, y en el cual precisamente se controvierten las pretensiones de filiación natural y de petición de herencia, que son también las deducidas por la demandante al través de las súplicas segunda a sexta de la demanda que dio lugar al presente proceso ordinario, lo pertinente es que la Corte pronuncie decisión inhibitoria respecto de tales pedimentos, por constituir todos ellos el objeto de otro pleito que por haber renacido está pendiente de resolución.

Segunda

Consideramos que si bien la demandada no propuso excepción de pleito pendiente, que no podía proponerla sin contradecir la posición por ella asumida desde la contes-

tación de la demanda, su alegación atinente a que las cuestiones de filiación y de petición de herencia ya había sido objeto de un proceso que terminó por desistimiento, sí permite fundar la decisión inhibitoria en el punto.

Tercera

Y como la cuestión relacionada con el estado civil de hija natural de la demandante es la que conforma el objeto específico del proceso revivido, la competencia para decidirla judicialmente le está atribuida al juez que conoce de dicho proceso. Consiguientemente, no podría ahora otro juez diferente decidir eficazmente esa controversia, sin usurpar atribuciones que por razón del pleito pendiente de decisión en el punto corresponden a otro funcionario.

Todas las anteriores consideraciones nos sirven, pues, de fundamento para separarnos de la decisión tomada en este caso por el resto de la Sala, cuyas conclusiones deploramos no compartir y por ello salvamos el voto.

Bogotá, D. E., agosto 17 de 1973.

Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL

Error de hecho: los yerros que no son trascendentes carecen de valor impugnativo. — Causal de relaciones sexuales: no es decisivo determinar las fechas de iniciación y finalización de dichas relaciones. — Cómo calcular la época de la concepción. — Reforma del testamento: acción que no se concede al legitimario simplemente preterido. — Posesión legal del heredero: la tiene desde el momento en que se le defiere la herencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., dieciséis de agosto de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

En este proceso ordinario suscitado por Doris Polanco frente a los herederos de Ernesto Samper, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en sentencia calendada el 11 de octubre postrero, acogió las súplicas de la demanda encaminadas a declarar que aquélla es hija natural del difunto Ernesto Samper. Contra el dicho fallo, la parte demandada interpuso el recurso de casación que la Corte entra a decidir.

II

El litigio

1. En demanda que fue admitida el 3 de agosto de 1970 por el Juez Civil del Circuito de Armero, Doris Polanco llamó a proceso ordinario a Camilo Alberto, Manuel Antonio, Luisa Fernanda y Ernesto Samper Moscoso, de un lado, y, de otro, a Esther Julia Charcas, Mercedes Solanilla, Raúl Samper Polanco y Etelvina Samper, todos en su calidad de herederos de Ernesto Samper, el primer grupo como hijos legítimos y el segundo como naturales, para que se declarase que Doris, dada a luz en Ambalema por Rufina Polanco, es hija natural de Ernesto Samper; que, con-

secuencialmente, es heredera legitimaria de éste en concurrencia con los demás sucesores reconocidos en el proceso de sucesión; que, por lo mismo, debe reformarse el testamento contenido en la escritura pública número 315, otorgada el 6 de febrero de 1967 ante el Notario 1º de Bogotá, en el sentido de que debe contarse a Doris entre los herederos legitimarios, y, finalmente, que los demandados deben restituírle su cuota de bienes sucesorales que ellos ocupan, con sus frutos correspondientes.

2. La causa para pedir se funda en los siguientes hechos que se compendian:

a) Que desde 1921 hasta 1940, Ernesto Samper y Rufina Polanco hicieron vida marital y que en esas relaciones sexuales fue concebida la demandante Doris, quien nació, en Ambalema, el 20 de enero de 1937;

b) Que desde su nacimiento y por más de 5 años continuos, Doris Polanco fue tratada y asistida por Ernesto Samper de tal manera que le dio posesión notoria del estado civil de hija natural;

c) Que Ernesto y Rufina "sostuvieron trato personal y social mutuo, mucho antes del embarazo y parto, hechos que por sus características hacen presumir la paternidad de Ernesto relativamente a Doris";

d) Que en la escritura pública 315, pasada el 6 de febrero de 1967 ante el Notario 1º de Bogotá, está contenido el testamento de Ernesto Samper, memoria en la cual el testador excluyó a la demandante del número de sus hijos, pues ni la enun-

cia entre ellos, ni le señala cuota hereditaria alguna;

e) Que los demandados, finalmente, son las personas que el testamento llama a suceder al causante Samper, y que el Juez que conoce del proceso sucesorio de éste los reconoció como herederos del mismo.

3. Con oposición de los demandados hijos legítimos y con aceptación de todos los hechos por parte de los restantes, que son los naturales, se adelantó la primera instancia, la cual finalizó con sentencia de 13 de diciembre de 1971 por medio de la cual se denegaron todas las súplicas de Doris Polanco. El segundo grado del proceso se originó en la apelación que ésta propuso contra la decisión desfavorable del a quo, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué lo desató en sentencia de 11 de octubre último, por la cual revocó la apelada y, en su lugar, acogió todas las pretensiones. Entonces los demandados hijos legítimos interpusieron el recurso de casación que se está decidiendo.

III

Bases del fallo del Tribunal

Estríbese éste fundamentalmente en que, analizadas las declaraciones de Faustina París, Demetrio Acosta, Rafael Díaz Cardozo, Rosalía Samper viuda de Leiva y Miguel Angel Chacón, las de estos tres últimos dan piso firme para inferir que “en el caso sub lite se han acreditado los presupuestos del numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, en lo relacionado con las relaciones sexuales, por la época de la concepción de la demandante Doris Polanco, para que pueda darse por acreditada su filiación natural”. El Tribunal, con base en lo dicho por estos mismos tres testigos, “encuentra evidentemente demostrado que Ernesto Samper y Rufina Polanco tuvieron relaciones sexuales, las que se iniciaron con mucha anterioridad al año de 1936, fruto de las cuales fue el nacimiento de Doris Polanco el 20 de enero de 1937, en forma tal que no existe ningún obstáculo para que al caso presente pueda ser aplicada la presunción del artículo 92 del Código Civil. Pues si en esta fecha na-

ció la demandante, debe presumirse de derecho que su concepción tuvo lugar entre el 20 de julio y el 20 de marzo de 1936, o sea en una época en que los mencionados declarantes nos dicen que las relaciones sexuales de Ernesto y Rufina tenían cumplido desarrollo”. Y aclara el Tribunal que “a esta convicción llega no solamente por lo relatado en cuanto a relaciones sexuales por los tres declarantes mencionados, sino porque esos mismos testigos deponen sobre el trato personal y social que Ernesto Samper prodigó tanto a Rufina como a Doris, particularmente a esta última al llevarla a vivir a su casa en Ambalema de 1945 a 1950, prodigándole así vivienda, alimentación y vestuario”. Finalmente expresa que la fuerza de convicción de la prueba testimonial relativa a la existencia de las relaciones sexuales se “encuentra corroborada con la aceptación de los hechos de la demanda por parte de los hijos naturales demandados... que según el artículo 196 del Código de Procedimiento Civil, como confesión, tiene el valor de testimonio de tercero, o por lo menos el de un ‘indicio serio’, corroborante de la prueba de testigos”.

Acomete luego el sentenciador el estudio de los hechos alegados en su defensa por la parte demandada y concluye que no están probados, pues los declarantes que se refieren a que Rufina Polanco se ausentó al Valle de San Juan, no recuerdan el año en que se produjo tal suceso, por lo cual no es posible determinar si la ausencia coincide con la época en que fue concebida la demandante; que, en lo que atañe con las relaciones sexuales que habría tenido Rufina Polanco con Luis Cardona por la época en que se produjo la concepción de Doris, no existe prueba, por cuanto lo que, en el punto, refiere el testigo Faustina París, lo supo de oídas, y desde luego que la declaración de Bárbara Montealegre ni fue ratificada, ni da la razón de la ciencia de su dicho.

En lo relativo a las acciones de petición de herencia y de reforma del testamento, el ad quem expresa que, por estar configurada la primera, ha de prosperar, aunque por “no haberse demostrado que los demandados están poseyendo especies de-

terminadas pertenecientes a la herencia, no puede condenárseles a hacer las restituciones impetradas"; y que la segunda también debe acogerse, por lo cual se debe ordenar la reforma del testamento.

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Alegando quebrantamiento del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, el impugnante formula contra la sentencia, que se dejó compendiada, dos ataques enmarcados en la causal primera.

Primer cargo

Se hace consistir en que el ad quem, por aplicación indebida, violó el numeral 4º del artículo 6º de la mencionada ley, a consecuencia de error evidente de hecho "por apreciación errónea de unas pruebas y falta de apreciación de otras".

Desenvolviendo su impugnación, el recurrente expresa que el Tribunal erró de hecho, pues no vio que con la copia del acta de nacimiento de Margarita Polanco, hermana de Doris, documento que obra al folio 1º del cuaderno 3º; se demuestra plenamente que Rufina Polanco vivió en el Valle de San Juan, por lo menos del 26 de febrero de 1932 al 21 de noviembre del año siguiente, pues esa partida, que fue asentada en esta fecha en la Parroquia del Valle de San Juan, dice que Margarita nació en aquella otra fecha. Que el mismo error cometió al apreciar las declaraciones de Bárbara Montealegre y Faustina París las cuales demuestran que Rufina Polanco sí vivió en el Valle de San Juan y tuvo relaciones con Luis Cardona, no obstante lo cual, el Tribunal aceptó "el dicho de otros declarantes respecto a que Rufina 'había convivido permanentemente en Ambalema desde antes de 1931 hasta después de 1939 con Ernesto Samper'." Que por lo anterior resulta que, en el lapso indicado, Rufina no vivió permanentemente en esa ciudad. Finalmente, que también se

cometió error de facto, pues el Tribunal, no obstante que la testigo Faustina París expresó que 'se decía' en Ambalema que Rufina convivía con Luis Cardona, 'no aceptó dicho hecho, ya que nadie ha contradicho ni censurado de falsa su declaración', sin olvidar que la deponente es prima de Rufina y que su declaración fue pedida por la demandante Doris. A continuación asevera la censura que "en ninguna parte de la declaración del testigo Miguel Angel Chacón se afirma que entre el 20 de julio y el 20 de marzo de 1936 'las relaciones de Ernesto y Rufina tenían cumplido desarrollo', como se dice en el fallo; que, por el contrario, al ser contrainterrogado el testigo, dijo que no le constaba que Ernesto Samper hubiera atendido a Rufina Polanco durante el embarazo del cual nació Doris Polanco, como tampoco que le hubiera pagado enfermera o persona que le ayudara en el parto, lo mismo que hospital o clínica y drogas, porque la conoció "siendo una niña chiquita", luego el fallador cometió error al decir lo que el testigo no expresa. Que en las declaraciones de los deponentes Pedro Rafael Díaz Cardozo y Rosalía Samper de Leyva, tampoco se encuentra "esa precisión de fechas o de época, en cuanto a que las relaciones de Rufina y Ernesto tenían cumplido desarrollo 'entre el 20 de marzo y el 20 de julio de 1936'."

Arguye finalmente el recurrente que por cuanto está demostrado que Rufina vivió en el Valle de San Juan con posterioridad a 1931, resulta que los testigos Cardozo, Díaz y Samper "no son veraces", pues afirman que desde 1931 y "en forma ininterrumpida" Rufina y Ernesto hicieron vida marital en Ambalema, por lo cual "no pueden servir para fundar una declaración de paternidad natural".

La Corte considera

1. Para que un cargo montado en terrenos de la causal primera de casación pueda prosperar, requiérese, si se alega comisión de error de hecho, a más de las exigencias propias de toda impugnación por vía direc-

ta, que el recurrente demuestre el yerro alegado, que éste no sea de aquellos para cuya comprobación sea menester "esforzados razonamientos", es decir, que sea evidente porque salte a la vista con su sola enunciación y, finalmente, que el yerro recaiga sobre uno de los hechos decisivos de la litis, pues si por referirse a un hecho intrascendente no tiene virtud suficiente para generar la modificación de las resoluciones de la sentencia, entonces tal error es inno-
cuo.

2. En casación los yerros que no son trascendentes carecen de valor impugnativo, pues a pesar de que existan, su ocurrir en nada afecta las conclusiones del fallo, y, por ende, son ineficaces para estribar la casación de éste.

3. En la especie de este litigio suscitado por Doris Polanco, el primer hecho fundamental (pues son varios) en que fundó el Tribunal la declaración de que Ernesto Samper Pastrana es el padre natural de la demandante, se hizo consistir en que, con las declaraciones de Rosaly Samper viuda de Leyva, Rafael Díaz Cardozo y Miguel Angel Chacón, se acreditó que Ernesto Samper y Rufina Polanco "tuvieron relaciones sexuales en la población de Ambalema, las que se iniciaron con mucha anterioridad al año de 1936 y fruto de las cuales fue el nacimiento de Doris el día 20 de enero de 1937", de lo cual dedujo el Tribunal, entonces, que como aquellas relaciones existieron durante todo el año de 1936 y desde luego que el nacimiento de aquélla se produjo el 20 de enero de 1937, claramente resultaba que, en la época de la concepción de la misma, determinada como indica el artículo 92 del Código Civil, "las relaciones sexuales entre Ernesto y Rufina tuvieron cumplido desarrollo".

Es palmario que la conclusión del Tribunal atinente a que existieron estas relaciones sexuales durante la época en que la demandante Doris fue concebida, no puede destruirse demostrando que Rufina se alejó de Ambalema al Valle de San Juan desde el 26 de febrero de 1932 al 21 de noviembre siguiente o por una época mayor, pero en todo caso antecedente. Ese suceso, que de otro lado no aparece acreditado por cuanto el acta de nacimiento, que obra

al folio 1 del cuaderno 3º, no tiene poder de convicción en ese aspecto, y por cuanto tampoco lo demuestran las declaraciones de Bárbara Montenegro y Faustina París, por las razones dadas por el Tribunal, es episodio que en nada modifica el hecho decisivo que le sirvió de soporte a su conclusión de que en el año de 1936 Ernesto y Rufina tenían relaciones sexuales; y evidente resulta también que si los testigos, en relación con dicho trato carnal, no dijeron en forma expresa que él tuvo cumplido desarrollo entre el 20 de marzo y el 20 de julio de 1936, tal hecho es intrascendente, pues la ley, como en otro capítulo se explicará ampliamente, no exige, en todos los eventos, que los deponentes, so pena de no dárseles crédito, manifiesten las fechas en que las relaciones sexuales empezaron y terminaron. Basta en el punto que de los hechos narrados por ellos dimane para el juez el convencimiento de que durante la época de la concepción los presuntos progenitores tuvieron relaciones sexuales.

Finalmente, que Rufina haya cohabitado también en Ambalema con Luis Cardona, es circunstancia que tampoco destruye la conclusión apuntada del Tribunal, pues de un lado no existe prueba que persuada de ello, como lo expresó el sentenciador, y, de otro, aun aceptando que hubieran existido esas relaciones sexuales, no se acreditó que ellas hubieran coincidido con la época en que la demandante Doris Polanco fue concebida, único caso en que tal hecho hubiera tenido trascendencia para modificar la parte resolutive del fallo impugnado, pues si el trato carnal dicho ocurrió con anterioridad a tal época, entonces, no tiene importancia como argumento de impugnación, pues no alcanzaría a generar duda sobre quién es el padre de la demandante.

4. Brota lógicamente de todo lo anterior que no estando demostrado ningún error evidente de hecho en la apreciación probatoria que hizo el Tribunal, la Corte, en virtud de que a ella suben las sentencias recurridas en casación cobijadas con presunción de que el juez de instancia aplicó debidamente el derecho y valoró correctamente el material probatorio, no puede

modificar las conclusiones del Tribunal las cuales se le imponen.

5. Por último conviene precisar que para declarar la paternidad natural con apoyo en la causal contemplada en el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, es decir, sacando la presunción respectiva del hecho de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción, no se requiere, como lo sostiene el recurrente, que los testigos que dan noticia de los hechos que permiten concluir la existencia de esas relaciones, expresen con precisión entre qué fechas queda comprendida la época de la concepción o digan también, señalando el respectivo día, cuándo se iniciaron o terminaron las dichas relaciones.

Nada importa para el caso que los testigos desconozcan el día en que el trato carnal tuvo inicio o aquel en que cesó temporal o definitivamente. Lo importante es que la convivencia sexual que haya tenido la madre con quien se identifica como presunto padre natural, coincida con cualquiera de los días del período en que pudo producirse la concepción del hijo sobre cuya paternidad se litiga.

En el punto, lo expuesto compasa íntegramente con la exigencia del artículo 6º, numeral 4º de la Ley 75 de 1968, pues allí no se requiere señalar expresamente las fechas entre las cuales existieron las relaciones sexuales, sino la demostración de que éstas realmente hayan acaecido y que el tiempo en que ocurrieron, coincida, al menos en parte, con el período en que el hijo tuvo que ser concebido. Un testigo bien puede ser sabedor del trato carnal que una pareja haya tenido en determinado tiempo, que es el que a él le consta, aunque no tenga noticia del día en que había empezado o de aquel en que cesó. Lo que es decisivo, se repite, es que durante cualquier lapso del período de la concepción del hijo cuya paternidad se demanda, hayan existido las dichas relaciones sexuales entre su madre y el hombre que es señalado como padre presunto.

Dimana de lo anterior, también, que para la prosperidad de la acción de investi-

gación de la paternidad natural, no basta demostrar la existencia de trato carnal entre la madre y el presunto padre; menester es, además, localizarlo en el tiempo y que coincida con la época de la concepción, así sea parcialmente.

Nada aprovecha a la causa del demandante que exista prueba de las fechas de comienzo y de terminación de un trato sexual, si no aparece la de que las relaciones existieron para la época en que el demandante fue concebido.

Todo lo expuesto no quiere decir, empero, que sea superfluo determinar, cuando ello sea posible, las precisas fechas de inicio y finalización de las relaciones. Habrá casos en que ello sea sumamente provechoso, como cuando por haber nacido el hijo en un tiempo relativamente cercano a la iniciación del trato sexual, pueda dudarse quién es el padre. En tal evento, la indicación de esa fecha será muy importante, pues sólo así puede saberse si el hijo nació antes o después de los 180 días subsiguientes al momento en que principiaron las relaciones; en el primer caso no se podrá declarar su paternidad y en el segundo sí, mas no propiamente porque estuviera precisada la fecha, sino porque en el primero, las relaciones sexuales están localizadas fuera del período de la concepción y sólo en el segundo caso coinciden con ésta. Lo mismo puede decirse con la prueba del día en que unas relaciones sexuales terminaron; ella servirá para precisar que el hijo no es el fruto de las mismas si nació después de los trescientos días subsiguientes a su terminación, o que sí lo es si el alumbramiento se produjo dentro de los trescientos siguientes.

Conclúyese entonces que no es decisivo determinar las fechas de principio y finalización del trato sexual. Lo importante es probar que éste coincida con cualquiera de los 120 días que integran la época o período de la concepción.

Síguese, pues, que el primer ataque no prospera.

Segundo cargo

Susténtase en que existe violación, por aplicación indebida del numeral 6º del ar-

título 6º de la Ley 75 de 1968, del artículo 5º de la Ley 45 de 1936 y del 399 del Código Civil, por cuanto el Tribunal cometió error de hecho al apreciar las pruebas que le dieron piso para concluir que estaba demostrada la posesión notoria del estado de hija natural de la demandante, siendo que no existe prueba testimonial de ello y por cuanto la aceptación que de los hechos en que consiste la causa pretendi hicieron los otros hijos naturales demandados, no se le puede dar el alcance de confesión sin violar el artículo 196 del Código de Procedimiento Civil, ni el de indicio sin infringir también el artículo 249 ibídem.

La Corte considera

La columna principal en que descansa la conclusión del Tribunal relativamente a que Ernesto Samper Pastrana es el padre natural de Doris Polanco, la constituye la demostración de la causal de que, en la época en que ésta fue concebida, Rufina Polanco y el presunto padre natural tuvieron relaciones sexuales.

Siendo este, pues, un soporte autónomo del fallo, mientras él no sea destruido, la sentencia será inmodificable, pues la sola circunstancia de que, en punto de filiación natural, la prueba de una sola de las causales de paternidad es suficiente para sustentar tal declaración, permite concluir que aunque se demostrara la comisión de error de hecho evidente en lo que atañe a la prueba de la causal de posesión notoria, tal circunstancia sería vana, como quiera que la declaración de paternidad seguiría estribada en la existencia de relaciones sexuales, hecho que se impone ya a la Corte por cuanto el ataque dirigido contra él en el primer cargo no prosperó.

Por lo expuesto no se casará la providencia recurrida.

Rectificaciones doctrinarias

Siendo uno de los fines primordiales del recurso de casación el de unificar la jurisprudencia nacional, la Corte, apuntando a ese objetivo, hace las siguientes precisiones, aunque ellas no se originen en ataques que sobre el mismo particular ha-

ya hecho el recurrente a la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

a) La época de la concepción, como lo enseña el artículo 92 del Código Civil, se determina tomando como base el día en que haya ocurrido el parto. Para fijarla se cuentan hacia atrás, desde la media noche en que haya principiado el nacimiento, no menos que ciento ochenta días cabales y no más de trescientos. Por tanto, si Doris Polanco nació el 20 de enero de 1937, resulta que la época en que ocurrió su concepción está comprendida del 27 de marzo al 24 de julio de 1936, ambas fechas inclusive. El cómputo, por cuanto no son lo mismo 300 días que 10 meses, ni 180 días que 6 meses, ha de hacerse día por día; pues el artículo 92 precitado no habla de meses, caso en el cual sí habría podido hacerse la fijación que hizo el Tribunal al comprender la época de la concepción entre el 20 de marzo y el 20 de julio de 1936, como si se tratara de un término de meses, cuya computación enseña el artículo 59 del C. P. y M. en su 2º inciso.

El período de la concepción, pues, en derecho colombiano es de 120 días cabales, en cualquiera de los cuales ella pueda producirse. Partiendo del día en que el nacimiento se inició, el cual se cuenta, y determinándose la fecha en que el período de la concepción comienza contando hacia atrás 300 días completos, en los 120 que hacia adelante siguen queda comprendida la época de la concepción.

b) Igualmente se observa que el sentenciador decretó la reforma del testamento que había otorgado Ernesto Samper Pastrana, apoyado en que en dicha memoria no se había instituido como heredera a la demandante Doris Polanco y que, por ende, se la había pasado en silencio.

Los legitimarios, entre quienes se cuenta el hijo natural, gozan del favor de la ley en cuanto que ésta les tutela el derecho a suceder a sus causantes en un mínimo de los bienes de éstos, llamado legítima la cual es aquella cuota de los bienes del difunto que la ley les asigna. Ahora bien, como la legítima es una asignación forzosa, el testador está obligado a hacerla, pues, de lo contrario, se suple aun con perjuicio

de sus disposiciones testamentarias expresas.

El medió que el legislador otorga al legítimo a quien el testador le ha recortado su legítima, en todo o parte, es la acción de reforma del testamento, consagrada en el artículo 1274 del Código Civil. Pero para la prosperidad de tal acción, el legítimo tiene que demostrar que el testamento cuya reforma se demanda, le causa un agravio por menoscabarle el derecho que tiene a recibir íntegra su legítima rigurosa o la efectiva en su caso. No le basta pues al demandante acreditar, como en la especie de esta litis, que el testamento no lo menciona, que fue omitido entre los herederos, por la razón potísima de que, según lo dispone el artículo 1276 del Código Civil, el haber sido pasado en silencio un legítimo, deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima.

Como no se probó que el testamento hubiera menoscabado el derecho de la hija natural a recibir su legítima, pues el silencio del testador en su mención equivale a instituir la heredera en su legítima rigurosa, síguese que no tenía acción de reforma, pues ésta no se concede al legítimo simplemente preterido.

c) Como una excepción al principio de que la posesión está integrada por dos elementos: uno interno, subjetivo, que es el *ánimus* y otro externo u objetivo, que es el *corpus*, la ley ha consagrado expresamente la posesión legal del heredero, quien, sin cumplir requisito alguno, sin *ánimus* o sin *corpus*, o sin ambos elementos, de pleno derecho entra a poseer la herencia, aun sin saberlo, desde el mismo momento en que ella le es deferida, es decir, desde el fallecimiento del de cuius, a menos que la institución de heredero haya sido bajo condición suspensiva.

Si el heredero, pues, está en posesión de la herencia desde el momento en que se le defiende, tenga o no tenga *ánimus* en esa posesión, ora ejercite o no ejercite actos configurativos del *corpus*, síguese que, deferida la herencia, siempre está ocupándola. Cuando otra persona, con título distinto al de heredero, detenta bienes de los relictos, entonces no es ocupante de la he-

rencia, sino de bienes determinados; su contacto no dice relación a la universalidad hereditaria, sino a cosas singulares que pueden hacer parte de ésta.

Por cuanto en el caso que se decide, los demandados tienen la calidad de herederos, pues aceptaron la herencia, lo que está debidamente demostrado, conclúyese que ellos son los que la ocupan, sin que para llegar a tal extremo sea necesario demostrar que están ocupando materialmente todos los bienes relictos.

Sobre el punto la Corte tiene sentado que "aceptar una herencia es ocuparla, en un sentido jurídico, porque es refrendar irrevocablemente la posesión que le fue dada al heredero por ministerio de la ley, desde la delación". (LXXIX, 536).

Dimana de lo anterior que en el proceso en que se ejercite la petición de herencia, probado que los demandados son herederos, es decir que han aceptado la herencia, con ello queda demostrado también que la ocupan a ese título, sin que sea menester acreditar que materialmente tienen la ocupación de todos y cada uno de los bienes relictos.

V

Resolución

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 11 de octubre de 1972 en este proceso ordinario suscitado por Doris Polanco frente a los herederos de Ernesto Samper Pastrana.

Sin costas por rectificación doctrinaria. Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Esquerro Samper, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Angel Antonio Cardoso G., Secretario Interino.

SEGURO DE INCENDIO

Error de hecho. — Pago por consignación como modo de extinguir la obligación. — Causal 1ª: violación de ley sustancial. — El artículo 648 del Código de Comercio anterior no es norma sustancial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., agosto dieciséis de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se deciden los recursos de casación interpuestos por la demandante y las demandadas contra la sentencia del 31 de agosto de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por "Almacén Santander Elisa Acevedo y Cía. Ltda." contra "Compañía de Seguros La Continental" y "Compañía Colombiana de Seguros".

I

El litigio

1. Mediante libelo de 8 de julio de 1969, repartido al entonces Juzgado Veintidós Civil Municipal de Bogotá, la primera de las sociedades citadas demandó a las segundas, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que la "Compañía de Seguros La Continental" está obligada a pagar a la sociedad demandante, dentro del término que la sentencia señale, el valor de ciento treinta mil pesos (\$ 130.000.00), junto con los intereses establecidos en el artículo 25 de la Ley 105 de 1927, desde el 12 de noviembre de 1967 y hasta el día del pago;

b) Que la "Compañía Colombiana de Seguros" debe pagar a la entidad demandante, dentro del plazo que la sentencia determine, la suma de ciento cincuenta mil

pesos (\$ 150.000.00), junto con los intereses indicados en la citada norma, desde el 12 de noviembre de 1967 y hasta el día en que haga el pago, y

c) Que las compañías demandadas sean condenadas a pagar, en proporción al valor de sus respectivas obligaciones, las costas procesales.

2. Las afirmaciones de hecho que la demandante invocó en apoyo de sus pretensiones, pueden sintetizarse así:

a) El 24 de agosto de 1965, previo el pago de las primas correspondientes, la "Compañía de Seguros La Continental" expidió a favor de "Elisa Acevedo & Cía. Ltda. Almacén Santander" la póliza de seguro número 3325 contra incendio y rayo, para amparar, por valor de \$ 130.000.00, las mercancías y muebles existentes en el almacén de propiedad de la entidad asegurada, establecido en el local número 008 de la plaza de mercado de Barrancabermeja. El mencionado contrato de seguro fue renovado, por el mismo valor, hasta el 24 de agosto de 1967, según consta en el certificado número 6779 de 12 de agosto de 1966;

b) El día 8 de junio de 1967, previo también el pago de la prima correspondiente, la "Compañía Colombiana de Seguros" expidió a favor de la misma entidad demandante la póliza de seguro N° 419847-1 contra incendio y rayo, para amparar hasta el 31 de mayo de 1968 y por valor de \$ 150.000.00 las mercancías existentes en el almacén establecido en el local número 008 de la plaza de mercado, de la misma ciudad de Barrancabermeja;

c) La entidad "Almacén Santander de Elisa Acevedo Acevedo y Cía. Ltda.", según

lo certifica la Cámara de Comercio, es la misma compañía que llevó por razón social "Elisa Acevedo & Cía. Ltda.", propietaria del "Almacén Santander" establecido en el local exterior número 008 de la plaza de mercado de Barrancabermeja;

d) El día 12 de agosto de 1967 se presentó en el edificio de la plaza de mercado de dicha ciudad un incendio que arrasó casi en su integridad el almacén "Santander", el que entonces tenía mercancías por más de trescientos mil pesos. Ocurrido el siniestro la entidad asegurada reclamó de las compañías aseguradoras el pago de la indemnización correspondiente, las que entonces lo ofrecieron pero únicamente en parte del valor asegurado; y

e) En estas circunstancias la compañía demandante inició el proceso ejecutivo contra las sociedades demandadas, en el cual, luego de haberse proferido mandamiento de pago en el juzgado de la primera instancia, el Tribunal Superior de Bogotá revocó dicha providencia.

3. Las demandadas, en su contestación a la demanda, se opusieron a las pretensiones de la demandante y expresaron no constarles ninguno de los hechos invocados por ésta. En esa misma oportunidad propusieron las excepciones que denominaron pago, ilegitimidad de personería de las partes, cobro de lo no debido, falta de título y de causa en la demandante, prescripción, compensación y transacción.

Y posteriormente allegaron dos títulos de depósito por \$ 105.992.68 y \$ 94.502.68 para "apoyar la excepción perentoria de pago total...", agregando que dichas cantidades "corresponden a los valores en que se ajustó la indemnización con la parte demandante, que ésta no ha querido recibir".

4. Trabada así la relación procesal el juzgado del conocimiento, que a la sazón lo era el Primero Civil del Circuito de Bogotá, le puso término a la primera instancia con sentencia de 18 de mayo de 1971, mediante la cual dispuso:

"Primero. Condénase a la Compañía Colombiana de Seguros, con domicilio en esta ciudad, al pago de la cantidad de ciento cinco mil novecientos noventa y dos pesos

con sesenta y ocho centavos (\$ 105.992.68) moneda corriente, en favor de la sociedad demandante Elisa Acevedo & Cía., más los intereses de que trata el artículo 25 de la Ley 105 de 1927, a partir del día 12 de noviembre de 1967, los cuales se liquidarán por los trámites del artículo 553 del Código Judicial, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

"Segundo. Condénase a la Compañía de Seguros La Continental, domiciliada en la ciudad de Bogotá, al pago de la cantidad de noventa y cuatro mil quinientos dos pesos con sesenta y ocho centavos (\$ 94.502.68) moneda corriente, en favor de la sociedad demandante Elisa Acevedo & Cía. Ltda. Almacén Santander, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

"Tercero. Absuélvase a las compañías Colombiana de Seguros y La Continental de Seguros, al pago del mayor valor demandado que excede de lo demostrado, ya que debe estarse a las condenas contenidas en los numerales que preceden, de acuerdo a las motivaciones de este fallo; debiéndose por consiguiente condenar como en efecto se condena al actor, al pago de las costas por el exceso en su demanda. (Art. 210 del C. J.). Tásense.

"Cuarto. Proporcionalmente en cuanto a la prosperidad de las pretensiones formuladas por la sociedad demandante, condénase a las entidades demandadas al pago de las costas correspondientes. Tásense.

"Quinto. Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el apoderado de las compañías de seguros demandadas, en sus escritos de contestación a la demanda y alegato de conclusiones".

5. Como efecto de la apelación interpuesta por demandante y demandadas el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, por sentencia de 31 de agosto de 1972, reformó el fallo apelado, así:

a) Confirmó los numerales 1º, 2º, 4º y 5º de la providencia impugnada; b) Absolvió a las compañías demandadas por el mayor valor demandado; y c) Revocó la condena en costas que por este aspecto se había impuesto al demandante.

III

Motivación del fallo impugnado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de relacionar todo el desarrollo del proceso, emprende el Tribunal las consideraciones de su sentencia notando que la controversia se reduce a la discrepancia de las partes, en cuanto al monto de la indemnización debida por el acaecimiento del riesgo asegurado, puesto que, dice, la demandante aspira a que se le pague la totalidad de las sumas a que se refieren las pólizas; al paso que las demandas afirman deber, por tal causa, sólo una parte de dichas cantidades.

Y teniendo por cierto e indiscutible el acaecimiento del siniestro, la identidad de lo afectado por el incendio ocurrido el 12 de agosto de 1967 con el bien asegurado, el cumplimiento de "todas aquellas etapas indispensables para llegar al cobro", y la no aceptación de la compañía demandante de los valores ofrecidos por las sociedades demandadas, expresa el *ad quem* que "precisa ubicar la cuestión sub-lite sobre el desacuerdo de los litigantes en torno al monto de la indemnización".

2. Sentado, pues, por él el anterior postulado, asevera el Tribunal, previa transcripción de los artículos 641 y 648 del Código de Comercio anterior, que corresponde al asegurado demostrar el valor, al tiempo del siniestro, del daño causado; y que, consiguientemente, "en el caso que se estudia habrá de ser la parte actora quien debe demostrar el mayor valor del siniestro, ya que las compañías demandadas han aceptado estarse al monto deducido por los ajustadores que intervinieron en el ajuste del siniestro sufrido por la sociedad demandante en el incendio atrás citado".

Analizando la cláusula 11 que aparece en las dos pólizas contentivas de los contratos de seguro pactados, dice el sentenciador que mediante ella se imponen al asegurado, en caso de ocurrencia del siniestro, determinadas obligaciones, entre las que se cuenta la de comprobar y certificar "la exactitud de su reclamación y de cuantos extremos estén consignados en la misma,

mediante una declaración hecha, sea bajo juramento o en cualquier otra forma legal"; pero agrega que a dicha estipulación, al contrario de lo sostenido por la demandante, no puede atribuírsele alcance equivalente a lo estatuido por el artículo 664 del Código de Comercio, según el cual "la cláusula en que el asegurador se comprometa a pasar por la estimación que el asegurado haga del daño sufrido, no produce otro efecto que el de imponer al primero la obligación de la prueba".

Aquella cláusula, expresa en el punto la sentencia, "no dice que las compañías aseguradoras se comprometen a pasar por la estimación que el asegurado haga del daño sufrido, tal como lo exige el texto copiado". Y añade que "para que el asegurador corra con el deber de probar en contrario sobre la estimación que el asegurado haga del siniestro, es indispensable que en forma expresa se pacte, o mejor, como lo dice la norma, se comprometa el asegurador a pasar o admitir la estimación que el asegurado haga bajo juramento o en otra forma legal... Pero evidentemente de la cláusula invocada por el apoderado de la parte actora, no se puede deducir que ella contemple el evento de que trata el artículo ameritado".

3. Orientado por este razonamiento, el *ad quem* acomete en seguida el estudio del acervo probatorio, a efecto de determinar "si el monto de la indemnización corresponde o no a las cifras que han aceptado las compañías aseguradoras o si por el contrario la prueba conduce a dar razón jurídica a lo reclamado por la entidad asegurada, esto es, el monto total de las sumas de que hablan las pólizas".

En esta tarea analiza, en primer lugar, las pruebas practicadas a instancia de la demandante. Expresa que los testimonios de Simón Galvis y Carlos Espinosa no aportan luz alguna sobre el punto concreto de la controversia; y que los de Reinaldo de la Cruz Montoya y Miguel Angel Cardona, los cuales sintetiza, por no estar respaldados en razones atendibles, "tampoco serían elementos capaces de determinar un avalúo sólido sobre la apreciación que hacen del valor del almacén incendiado, ya que como dichos de simples declarantes, esa

apreciación numérica, sin respaldo alguno, sólo puede apreciarse en sana crítica como exposición aislada de dos personas que no presentan calidad de idoneidad en qué respaldar el aserto de sus afirmaciones”.

Refiriéndose a la inspección judicial practicada en el proceso sobre los libros de contabilidad de la sociedad demandante, asevera el fallador, guiado por la preceptiva que contenía el artículo 47 del Código de Comercio anterior, que éstos prueban en contra del comerciante que los lleva pero no en contra de terceros, “ya que éstos no intervienen en la marca de los asientos que muestran los libros de los comerciantes”; y que sería injurídico, para determinar el valor del almacén por la época en que ocurrió el incendio, tomar los asientos que aparecen en los libros de la compañía demandante.

4. En el capítulo de su sentencia que denomina “Pruebas de la parte demandada”, el sentenciador analiza los dos documentos llamados “Convenio de Ajuste”, suscritos en Barrancabermeja el 18 de noviembre de 1967 por la entidad “W. Moller & Cía. Ltda.”, encargada del reajuste del siniestro por las sociedades aseguradoras, y Elisa Acevedo y Lucrecia Acevedo de Pontón, en los cuales se deducen, como valores de la indemnización debida, las sumas de \$ 105.992.68 a cargo de la “Colombiana de Seguros” y de \$ 94.502.68 para “La Continental”. Dice el fallador que tales documentos gozan de autenticidad, puesto que a pesar de que la representante de la sociedad demandante afirmó en posiciones que en ellos había puesto su firma “en blanco”, esa falsedad sin embargo no se demostró en el proceso.

“En tales condiciones —agrega—, la Sala no tiene otra alternativa que llegar a la conclusión a que sobre este tópico llegó el a quo, esto es, que estos convenios obligan a la parte demandante. Y si no se logró probar en forma legal el mayor valor de las pérdidas sufridas por las dueñas del almacén asegurado, esto es, no se demostró un mayor monto del siniestro que el contenido en los documentos analizados que han sido aceptados como auténticos, lógi-

camente para determinar el cuántum de la indemnización habrá de tenerse como verdadero el que aparece de los convenios de reajuste del siniestro y que, entre otras cosas han aceptado también las sociedades demandadas”.

5. Finalmente, refiriéndose a las excepciones propuestas, dice el Tribunal que ninguna de ellas está llamada a prosperar.

Para desechar la de pago, expresa que si bien las sumas consignadas corresponden al monto de la indemnización, “ellas se encuentran en poder del juzgador sin ser entregadas a la parte actora, pues ello ha sido condicionado a los resultados del proceso” y que se verificó en la secuela de éste; rechaza la de cobro de lo no debido, al considerar que “hoy por hoy, no podrá sostenerse que ninguna de las sociedades ha cumplido con la obligación de pagar en todo o en parte, de acuerdo con las normas de los artículos 1626 y siguientes del Código Civil”. Sin embargo, agrega, por cuanto la Compañía de Seguros “La Continental” ofreció el pago de la cuota que a ella correspondía, ofrecimiento que la demandante no aceptó, “será el caso de reconocer que esta demandada no puede ser condenada al pago de las sanciones previstas por la ley para el asegurador renuente al cumplimiento de sus obligaciones”.

Considera el sentenciador que como en el proceso está fehacientemente probada la titularidad del derecho de la demandante para demandar el pago de lo que se le adeuda, la excepción de carencia de título no puede acogerse; tampoco la de prescripción, puesto que, según lo dicen las pruebas aducidas, inmediatamente después de acaecido el siniestro la asegurada inició la reclamación necesaria para el pago de la indemnización debida, “para concluir en las acciones ejecutiva y ordinaria correspondientes”.

Estima por último el Tribunal, que como los “Convenios de Ajuste” acordados entre las partes no produjeron el efecto de extinguir la obligación, no pueden tomarse como transacción; ni menos como compensación, “pues no existen obligaciones pendientes de la parte demandada a favor de la actora”.

III

Las demandas de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segundo grado ambas partes interpusieron el recurso de casación. Como las demandadas impugnan la totalidad de las decisiones contenidas en dicho fallo y la demandante sólo lo hace parcialmente, la Corte estudia en primer lugar la demanda de aquéllas y luego la de ésta, por ser este el orden que indica la lógica.

A. Recurso de las demandadas

1. Estas, en su respectiva demanda y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, formulan un solo cargo contra la sentencia de segundo grado.

Mediante él se denuncia el quebranto indirecto del artículo 25 de la Ley 105 de 1927, por aplicación indebida, y de los preceptos 182, 641, 674 del Código de Comercio anterior; 1626, 1627, 1650, 1656, 1657, 1658, 1659, 1660, 1661, 1662, 1663 y 1664 del Código Civil; y 13 de la Ley 95 de 1890, por falta de aplicación, como consecuencia de los errores de hecho en que habría incurrido el sentenciador por falta de apreciación de algunas pruebas y la errónea interpretación de otras.

2. Entre las pruebas que al decir del censor fueron “dejadas de apreciar” por el Tribunal, aquél señala las siguientes: a) La confesión contenida en la demanda incoativa del proceso, atinente a la “oferta de pago” que las aseguradoras hicieron del valor del seguro reajustado; b) La carta de 5 de enero de 1968 dirigida por las dos compañías demandadas a la demandante, en la cual ratifican “el monto de las indemnizaciones acordadas” y le dan cuenta de que lo tienen “a disposición de nuestros clientes”; c) Las cartas de 25 de septiembre de 1967, dirigidas por Elisa Acevedo a las compañías aseguradoras, en las cuales les manifiesta que no acepta las propuestas de los ajustadores y que “deseamos hacer una reclamación directa para lo cual sirve la presente carta”; d) Las copias to-

madas del proceso ejecutivo que entre las mismas partes y con el mismo fin del presente se siguió en 1968 en el Juzgado 17 del Circuito de Bogotá, y la certificación pertinente expedida por este funcionario; y e) Los “Convenios de Ajuste”.

Y concretando las pruebas que en concepto del recurrente fueron erróneamente apreciadas, señala la “diligencia de absolución de posiciones” por parte de la representante legal de la sociedad demandante, en cuanto a la confesión de oferta de pago que en ella se hace; y la “diligencia de consignación” efectuada por las demandadas en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá.

Asevera el impugnante que por virtud de la falta de apreciación y de la indebida estimación de las pruebas indicadas, el Tribunal incurrió en los siguientes tres yerros de hecho: a) “No dar por establecida la solución de la deuda a cargo de las demandadas por concepto de la indemnización derivada de los contratos de seguros”; b) Considerar que las demandadas “condicionaron el depósito de las indemnizaciones a los resultados del juicio y que la consignación se efectuó en la secuela del proceso”; y c) Afirmar “que sólo La Continental ofreció el pago de su cuota en el seguro y que la entidad demandante no aceptó ese ofrecimiento, cuando es lo cierto que también la Compañía Colombiana de Seguros ofreció la cancelación de su cuota parte, habiendo recibido idéntico rechazo por parte de la sociedad actora”.

3. Recuerda el recurrente, al desarrollar el cargo por el primer aspecto, que en el hecho 8º de la demanda la demandante confiesa el ofrecimiento que a ella hicieron las demandadas de pagarle “una parte del valor asegurado”; que en cartas de 25 de septiembre de 1967 Elisa Acevedo, como representante de la entidad asegurada, presentó a las aseguradoras reclamación “formal y directa” del monto de los perjuicios causados con el incendio; que después de haberse reajustado el valor de las pérdidas en convenios de 18 de noviembre de 1967, las compañías demandadas, mediante carta de 5 de enero siguiente, reiteraron su posición de no creerse obligadas a pagar por causa de ese siniestro suma mayor a

la determinada por los ajustadores; que al ser intimadas del mandamiento de pago proferido en la ejecución posteriormente iniciada contra ellas, el cual a la postre fue revocado, por boca de su apoderado expresaron que "no paga por considerar que la acción pertinente es la ordinaria y no la ejecutiva y porque no está acreditado el monto de la indemnización", pero que, sin embargo, en ese mismo acto presentó dos títulos de consignación por los valores deducidos en los convenios de ajuste; y que, dentro del presente proceso ordinario, las demandadas nuevamente consignaron esas mismas sumas.

Con apoyo en los anteriores asertos, cuyo contenido lo sitúa en las pruebas primeramente referidas, expresa el impugnador, luego de transcribir los razonamientos esgrimidos por el sentenciador de segundo grado para rechazar las excepciones de pago y cobro de lo no debido, que resulta contraevidente afirmar "que las demandadas no se allanaron a pagar, cuando siempre estuvieron dispuestas a ello y pusieron a disposición de la firma demandante las sumas constitutivas del valor de la indemnización, y ante la persistente y reiterada negativa de aquélla a recibirlas, procedió a consignarlas"; que todos estos medios de demostración claramente indican que "si hubo oferta de pago"; y que siendo ello así la mora debe imputarse exclusivamente a la compañía asegurada, "y en ningún momento a las demandadas, quienes recurrieron a todos los medios legales procedentes para efectuar el pago de las cantidades reconocidas".

Y añade el censor que todo este acontecer impide calificar de condicionado el pago hecho, y que éste debe tener todos sus efectos a pesar de haberse hecho dentro del proceso, puesto que "lejos de quitarle validez a este modo extintivo de las obligaciones lo ratifica plenamente, ya que se hizo a favor del despacho donde cursaba el juicio, para que la parte actora pudiera conocerlo y solicitar su entrega, si así lo estimaba conveniente".

4. Apunta el impugnante, al desenvolver el cargo por el segundo aspecto, que el Tribunal interpretó erróneamente la respuesta que la representante legal de la sociedad

demandante dio a la pregunta 17ª de las posiciones por ella absueltas, porque del hecho reconocido, y consistente en que un empleado de La Continental le hubiera ofrecido un cheque, no puede deducirse, como equivocadamente se hace en la sentencia, "que la Colombiana de Seguros no hubiera hecho también oferta de pago", lo que efectivamente esta sociedad hizo, tal cual lo demuestran las demás pruebas practicadas.

5. Pasa en seguida el acusador a puntualizar las violaciones de la ley sustancial que denuncia en el planteamiento del cargo.

En esta tarea, comienza por aseverar que al condenar en la sentencia a las compañías demandadas "a pagar la cantidad que ellas mismas habían reconocido, ofrecido pagar y consignado a favor de la sociedad demandante", el Tribunal aplicó en este caso indebidamente el artículo 25 de la Ley 105 de 1927, modificado por el artículo 3º de la Ley 89 de 1928; y que "al imponerles la carga de volver a solucionar las mismas cantidades" quebrantó, por falta de aplicación, los artículos 641 y 674 del Código de Comercio anterior, normas éstas que estatuyen que el seguro es contrato de mera indemnización y que no puede ser ocasión de ganancia para el asegurado.

Y añade, finalmente, que como consecuencia de los errores de hecho apuntados, el Tribunal "desconoció el artículo 182 del mismo Código, cuya aplicación lo habría llevado a aplicar las normas reguladoras del pago, citadas al comienzo del cargo, y reguladoras de este modo extintivo de las obligaciones en el Código Civil, ya que las demandadas cancelaron la deuda en los términos estipulados en el contrato de seguros, ofreciendo su pago a la sociedad acreedora, y ante la renuencia de ésta por existir controversia sobre la deuda, se depositaron las cantidades en el juzgado".

Se considera

1. Exhaustivamente lo tiene dicho la jurisprudencia que la impugnación por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto una prueba que no obra en los autos o ha ignorado la presencia de la que sí está en ellos, hipó-

tesis éstas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cerceamiento del mismo (preterición). Se requiere, además, que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el Tribunal por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba, y que el error cometido sea la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal.

2. Sin embargo de que, con excepción de las pólizas de seguro y los documentos de 18 de noviembre de 1967 llamados "Convenio de Ajuste", el ad quem no cita en su sentencia, individualizándolos, los diferentes medios de prueba aducidos al proceso, palmar es que expone sus consideraciones teniendo por cierto e indiscutible que la sociedad demandante no aceptó la oferta de pago que por los valores de \$ 105.992.68 y \$ 94.502.68 le hicieron, en su orden, las compañías "Colombiana de Seguros" y "La Continental". La falta de concreción que en el estudio de los medios de prueba se advierte en la sentencia impugnada no autoriza, empero, para decir que el Tribunal dejó de apreciarlos en todo o en parte, puesto que la referencia genérica que de ellos hace permite suponer razonablemente que sí los tomó en cuenta, y que fue del análisis en conjunto que de éstos hizo de donde sacó su conclusión.

Así, en el inicio de las motivaciones de su fallo expresa el sentenciador que "es una evidencia procesal que la entidad demandante o sea la asegurada no ha aceptado la indemnización ofrecida por las aseguradoras por el siniestro o incendio acaecido el 12 de agosto de 1967"; al referirse a las pruebas "de la parte actora", dice que "al no aceptarse por ésta el valor de la indemnización propuesto por las demandadas y que emana de los ajustamientos que del siniestro aparecen en los autos, se revierte la carga de probar en contrario a la demandante"; en torno a la excepción de pago, deduce que no puede prosperar, "ya que como bien se establece las sumas que consignó en el juzgado, si bien corresponden al monto de la indemnización, ellas se encuentran en poder del juzgador pero sin

ser entregadas a la parte actora", que "mal puede hablarse de 'pago' conforme a la ley"; y finalmente, aludiendo a la excepción de cobro de lo no debido, asevera el ad quem que también está llamada al fracaso, puesto que "está establecido que las entidades demandadas no han pagado en forma efectiva el valor determinado del monto del seguro", y que "hoy por hoy, no podrá sostenerse que ninguna de las sociedades ha cumplido con la obligación de pagar en todo o en parte el valor del aseguro, de acuerdo con las normas de los artículos 1626 y siguientes del Código Civil".

3. Todo el contenido del fallo indica, pues, que el sentenciador sí vio y consiguientemente consideró tanto la prueba documental aducida al proceso, como la confesión vertida al través del libelo demandador; que la apreció sin alterar su real contenido; y que del análisis global que de ella hizo dedujo que el ofrecimiento de pago sí se hizo por las demandadas a la demandante; que como ésta no aceptó tal oferta, aquéllas procedieron a consignar, primero en el proceso ejecutivo y posteriormente en el presente, los valores que creyeron deber por la causa que aquí se controvierte, poniendo a disposición de los jueces respectivos los correspondientes títulos de depósito; pero que tales oferta y consignación no constituyen pago, ni, por consiguiente, puede legalmente atribuirse a ellas los efectos liberatorios de éste.

No se trata, por tanto de que el Tribunal hubiese dejado de ver o hubiera apreciado erróneamente las pruebas indicadas en la censura, sino de que, al ameritarlas, no les reconoció eficacia para demostrar un pago válido de lo debido, lo que es cosa muy distinta.

Y si, como lo ha dicho la Corte, no siempre que el fallador deja de apreciar pruebas incurre en error de hecho, pues es indispensable que por su falta de apreciación llegue en la sentencia a conclusiones contrarias a la legal, habría que decir, en el supuesto de que el ad quem no hubiera visto la existencia en el proceso de algunos de los medios indicados en la censura, que todos ellos, lejos de debilitar alguna de las conclusiones que sacó el sentenciador para fundamentar sus decisiones, la refuerzan

evidentemente, porque todos aluden al ofrecimiento de pago, a la renuencia de la acreedora y a la consignación efectuada por las deudoras; pero ninguno demuestra evidentemente que el pago se realizó en forma legal.

4. Por cuanto en nuestro derecho positivo (Art. 1656, C. C.) el pago es válido no sólo cuando cuenta con el consentimiento del acreedor, sino también cuando se efectúa aun contra su voluntad; el deudor, a fin de liberarse válidamente de la obligación, está asistido de facultad legal para compelar a aquél a recibir la prestación debida.

Para hacer efectivo este derecho del deudor la legislación procesal colombiana, así la que rigió al país hasta junio de 1971 como la que hoy impera, ha establecido un procedimiento integrado fundamentalmente por los siguientes actos: a) La oferta que por escrito y a través del juez competente hace el solvens al accipiens de pagar el objeto debido; b) Si el acreedor rechaza el pago ofrecido, el juez autoriza la consignación; y c) Si aun después de ésta el acreedor persiste en su negativa, el juez, a petición del deudor, debe proferir sentencia sobre la validez del pago por consignación.

Lo cual quiere decir que en materia civil, salvo el caso de los arrendatarios previsto por el Decreto número 1943 de 17 de agosto de 1957, que estableció una especialísima manera de solucionar el valor de los cánones debidos y no aceptados por el arrendador, el pago por consignación de la prestación debida, como modo de extinguir las obligaciones, debe someterse a la totalidad de las prescripciones legales pertinentes. Sólo a través de la observancia de los actos procesales correspondientes la consignación gozará de eficacia jurídica y producirá por tanto, como lo pregonan el artículo 1663 del Código Civil, el efecto de “extinguir la obligación, hacer cesar, en consecuencia, los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor; todo ello desde el día de la consignación”.

Y si según la preceptiva contenida en el artículo 1664 ibidem, lo que en últimas viene a atribuir eficacia jurídica al pago por

consignación es la aceptación por el acreedor, o la sentencia ejecutoriada que haya declarado suficiente el depósito de lo debido, no puede decirse que en el presente caso haya ocurrido esta modalidad de solución, porque no ha mediado, según lo demuestran todas las pruebas practicadas, la aceptación ni la sentencia dichas. Se ve así, entonces, la improcedencia de las normas citadas por el recurrente como violadas por falta de aplicación.

Por lo dicho, se desestima el cargo.

B. Recurso de la demandante

En su demanda, ésta le formula a la sentencia del Tribunal tres cargos, todos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y que la Corte procede a examinar en el orden en que aparecen propuestos.

Primer cargo

1. En éste se acusa la sentencia de segundo grado de ser directamente violatoria del artículo 25 de la Ley 105 de 1927, “por interpretación errónea, y de los artículos 1656 y 1964 del Código Civil y 13 de la Ley 95 de 1890, por falta de aplicación”.

2. Iniciando el desenvolvimiento de esta censura, apunta el casacionista que en la sentencia impugnada se condena a la Compañía Colombiana de Seguros, a pagar a la demandante determinada suma de dinero, junto con los intereses establecidos en el artículo 25 de la Ley 105 de 1927, pero que “no se hizo igual condenación por los intereses en relación con la suma liquidada por la Compañía La Continental como valor adeudado de la indemnización, debido a que no estaba probado respecto de La Continental la misma circunstancia acreditada en relación con la Colombiana de Seguros”.

Y luego de extraer el contenido de dicha norma, con la modificación que a ese precepto le hizo el artículo 3º de la Ley 89 de 1928, expresa el censor que la única manera de liberarse el asegurador de los inte-

reses moratorios es reconociendo y pagando el valor debido; y que a pesar de la claridad de ese texto legal, "no fue correctamente interpretado por el Tribunal sentenciador, ya que hallándose ante dos compañías aseguradoras que adoptaron la misma conducta durante el proceso y antes de él, tomó dos decisiones contrarias respecto de cada una de las compañías demandadas, median-do en relación con ambas idénticas circunstancias".

Añade el recurrente que habiendo dado por sentado el juzgador que ambas compañías ofrecieron pagar las sumas por ellas liquidadas como valor de los seguros; y la consignación que éstas hicieron a órdenes del juzgado ante la renuencia de la demandante, las dos han debido ser condenadas al pago de intereses, desde luego que tales ofrecimientos y depósito no implican pago válido. "Como la sentencia recurrida —dice—, al decidir que la Compañía de Seguros La Continental no debe pagar intereses por cuanto habiendo ofrecido el pago del valor liquidado como seguro sería injusta la aplicación de la sanción, hizo una interpretación de la norma que por ser errónea conduce a su violación, consistiendo el error en equiparar el ofrecimiento al pago, de modo que se le atribuyeron a tal ofrecimiento consecuencias liberadoras que expresamente reconoce la ley para el reconocimiento y pago del seguro".

3. Asentado por él el anterior postulado, afirma el impugnador que al atribuirle al ofrecimiento los mismos efectos del pago, el Tribunal infringió de paso, por falta de aplicación, las normas del Código Civil que regulan el pago por consignación.

Rematando la formulación del cargo el censor, después de extractar el contenido de los artículos 1656, 1657; 1662, 1663 del Código Civil y 13 de la Ley 95 de 1890, asevera que "como estas normas no fueron aplicadas se las violó en la sentencia recurrida cuando, so pretexto de interpretar el juzgador el artículo 25 de la Ley 105 de 1927, equiparó el ofrecimiento al pago, eximiendo del pago de los intereses establecidos por la ley como sanción para el incumplimiento del pago que podía y debía hacerse, ante la repugnancia o falta de consentimiento del acreedor".

Se considera

1. Como claramente se desprende del resumen que de él se ha hecho, el cargo que se estudia se reduce a impugnar la sentencia únicamente en cuanto en ella no se condena a la "Compañía de Seguros La Continental" a pagar los intereses, establecidos en el artículo 25 de la Ley 105 de 1927, sobre la suma de \$ 94.502.68 que se le ordena pagar a la demandante.

Estima el casacionista, y así lo expresa paladina e insistentemente tanto en el planteamiento como al través de todo el desarrollo de la censura, que con la no condenación referida el Tribunal quebrantó directamente, por interpretación errónea, el citado artículo 25 de la Ley 105; y por falta de aplicación, las normas legales regulativas del pago por consignación.

2. Tiene declarado la doctrina de la Corte, con fundamento en la preceptiva legal, que la causal primera de casación consiste siempre en la violación de la ley sustancial, en la cual puede incurrir el fallador de tres maneras diferentes: por falta de aplicación, por interpretación errónea y por aplicación indebida; y que como cada uno de estos tres casos deriva de fuentes distintas, se ha exigido, en orden al mejor éxito del recurso y atendiendo a la limitada libertad con que la Corte actúa en casación, que el recurrente concretamente exprese, con claridad y precisión, por cuál de los tres casos de violación de la ley acusa la sentencia. "De allí que se haya llegado hasta sostener que la Corte no puede tener en cuenta los motivos de casación consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustanciales, cuando el recurrente no expresa el concepto de la infracción o cuando expresando alguno, no acierte con el que en realidad correspondía y debía invocar" (LXI, 398).

Viólase la ley sustancial por falta de aplicación cuando no se hace obrar el precepto pertinente en el caso controvertido, debiendo haberse aplicado en el fallo; por aplicación indebida, cuando entendida rectamente la norma se la aplica sin ser pertinente al asunto que es materia de la decisión; y por interpretación errónea cuando, siendo la correspondiente, se la entendió sin embargo equivocadamente y así se la aplica.

3. En sentencia de casación de 22 de septiembre de 1972, dijo la Corte en este punto: "Interpretar erróneamente un precepto legal es, pues, en casación, aplicarlo al caso litigado por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde. De consiguiente, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, excluye la falta de aplicación de la misma; y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso del yerro hermenéutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se emplea el precepto que no corresponde al caso litigado".

Y agregó en esa misma providencia: "Es verdad que el juzgador, al desatar el conflicto de intereses que se le ha presentado para su composición, puede dejar de aplicar la norma pertinente de derecho sustancial o aplicar la impertinente por haberla interpretado equivocadamente. Pero así en la primera como en la segunda de estas dos hipótesis el verdadero concepto de la violación, dentro de la técnica del recurso extraordinario, no es la interpretación errónea sino la inaplicación o la aplicación indebida, respectivamente" (fallo que con ponencia del Magistrado que en el presente caso desempeña la misma función, profirió la Corte en el proceso ordinario de Gil Antonio Correa contra los herederos de Justiniano Correa, aún no publicado).

4. En el caso que aquí se estudia, como claramente se desprende del extracto que de su sentencia se ha hecho, el Tribunal consideró, y así lo decidió, que como la Compañía de Seguros La Continental, "tal como aparece demostrado en la diligencia de posiciones", por intermedio de un representante suyo se presentó a la casa de la demandante y le pidió "que recibiera un cheque" por el saldo adeudado, esta demandada no podía ser condenada al pago de intereses. Lo cual significa con toda evidencia que en punto de intereses y frente a dicha compañía aseguradora no aplicó el artículo 25 de la Ley 105 de 1927; y si no aplicó en su fallo la citada norma, es erróneo acusarlo, como aquí lo hace el recurren-

te, por interpretación errónea de un texto legal que en él no fue aplicado.

Y si en su sentencia consideró el Tribunal que el ofrecimiento del cheque que esta misma compañía hizo a la demandante, en pago del valor del seguro debido por aquella, traía como efecto la desaparición de la mora debitoris; ello significa que en este tópico sí aplicó las normas reguladoras del pago por consignación, por lo que resulta también equivocado acusar el fallo por falta de aplicación de dichos preceptos. Si aplicó al asunto controvertido una norma legal impertinente, entonces ha debido acusarse la sentencia por indebida aplicación de dicho texto.

5. De otra parte, encontrándose edificada dicha resolución de la sentencia sobre la consideración que hizo el ad quem con base en la respuesta que la demandante dio en posiciones, el cargo contra esta decisión ha debido formularse por la vía indirecta, y no por la directa como aquí se hace, invocando error de hecho o de derecho en la apreciación de esta prueba.

Se desestima, pues, la censura.

Segundo cargo

1. Mediante él se denuncia el quebranto indirecto, por falta de aplicación, del artículo 664 del Código de Comercio anterior, como consecuencia del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal y que aparece de modo manifiesto en los autos, proveniente de la errónea interpretación de los contratos de seguro, más concretamente de la parte final de su cláusula 11.

2. En desarrollo del cargo el recurrente, después de transcribir la parte pertinente de la referida cláusula, asevera que ella constituye una expresa facultad "especialmente conferida por el asegurador al asegurado, por cuya virtud, lo autoriza para probar él mismo, con su sola afirmación, seria y honestamente producida, la exactitud de la reclamación, y por lo tanto implica el compromiso, por parte del asegurador, de 'pasar por la estimación que el asegurado haga del daño sufrido'".

Continuando con el desenvolvimiento de la censura, estima el impugnador que aunque en verdad dicha cláusula contractual

no se halla concebida con las mismas palabras que utilizó el legislador en el artículo 664 citado, es evidente que equivale a lo preceptuado en esta norma; porque si mediante aquélla se autoriza al asegurado "para que con su sola declaración pruebe y certifique la exactitud de su reclamación, es porque el asegurador se compromete a pasar por la estimación que haga, ya que de otro modo ni probaría ni certificaría".

Se considera.

1. Analizando la parte final de la cláusula 11 que aparece en las dos pólizas contentivas de los contratos de seguro pactados, y según la cual "el Asegurado está obligado a comprobar y a certificar la exactitud de su reclamación y de cuantos extremos estén consignados en la misma, mediante una declaración hecha, sea bajo juramento o en cualquier otra forma legal", dijo el sentenciador que por virtud de ella el asegurado, en caso de ocurrencia del siniestro, tiene esa obligación: probar, mediante juramento o en cualquier otra declaración, la certidumbre y la exactitud de su reclamo. Y agregó que como en esa estipulación no se dice "que las compañías aseguradoras se comprometen a pasar por la estimación que el asegurado haga del daño sufrido", no se le puede atribuir el alcance del artículo 664 del Código de Comercio, según el cual "la cláusula en que el asegurador se compromete a pasar por la estimación que el asegurado haga del daño sufrido, no produce otro efecto que el de imponer al primero la obligación de la prueba".

2. La Corte, al examinar el contexto de la cláusula a que se ha hecho mérito y cotejarlo con las deducciones que al respecto sacó el Tribunal, no encuentra que éste le haya hecho decir al pacto lo que él no expresa, o que haya ignorado lo que el mismo afirma, ni muchísimo menos que sea arbitraria la conclusión a que llegó en su tarea interpretativa.

Para que el Tribunal, en la interpretación que dio a la referida cláusula 11 de los dos contratos de seguro, hubiera incurrido en el error de hecho evidente que le imputa la censura, habría sido indispensable

que en ella apareciera consignada expresamente la estipulación de que las compañías aseguradoras se obligaban, en caso del acaecimiento del siniestro, "a pasar por la estimación que el asegurado haga del daño sufrido". Y como tal estipulación expresa no aparece en ninguna de las frases que forman el texto de dicha cláusula, se impone aceptar que la conclusión a que llegó el sentenciador en la determinación de su alcance, no es contraria a la objetividad que la prueba ostenta, ni mucho menos arbitraria con trascendencia para casar el fallo impugnado.

Siendo la interpretación de los contratos como lo ha dicho esta Corporación cuestión que corresponde a la discreta autonomía de los juzgadores de instancia, la que aquí hizo el Tribunal en torno al alcance de la referida cláusula no es susceptible de modificarse en casación, puesto que no aparece de modo manifiesto en los autos que el sentenciador en su apreciación hubiera incurrido en ostensible error de facto.

3. No encuentra pues la Corte, en parte alguna, el error de hecho que el recurrente le endilga al Tribunal en la interpretación que dio a los contratos de seguro ajustados entre demandante y demandadas; y en esa virtud no hay base para estudiar si la norma de derecho sustancial a que el censor se refiere como infringida por inaplicación, como consecuencia del error de hecho alegado, fue violada o no por el sentenciador.

El cargo es, pues, infundado.

Tercer cargo

1. A través de esta censura se denuncia el quebranto indirecto, por indebida aplicación, del artículo 648 del Código de Comercio anterior, como consecuencia del error de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de la inspección judicial practicada en el proceso.

El casacionista señala, como violación medio, los artículos 43 y 47 de ese mismo estatuto.

2. En desarrollo del cargo el recurrente, luego de extractar el contenido de la inspección judicial practicada en la primera instancia del proceso sobre los libros de contabilidad de la sociedad demandante,

afirma que el Tribunal, no obstante haber advertido que dichos libros estaban llevados con observancia de todas las exigencias legales pertinentes, no le dio a dicha prueba valor para acreditar el monto de las mercancías existentes en el almacén "Santander" por la época en que ocurrió el incendio.

Y agrega que por "no haber considerado que el presente proceso es una causa mercantil... se abstuvo de asignarle a los libros de contabilidad el carácter probatorio que señala el artículo 43 del antiguo Código de Comercio"; y que en cambio, incurriendo en error de jure, apreció tal prueba según lo preceptuado por el artículo 47 ibídem, norma ésta que sólo es aplicable "dentro del litigio que un comerciante sigue contra otro que no lo es".

Se considera

1. Exhaustivamente lo tiene declarado la doctrina de la Corte, por corresponder ello a la preceptiva legal pertinente, que la causal primera de casación se refiere precisa e invariablemente al quebranto de normas sustanciales, o sea de aquellas que, frente a una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas concretas entre las personas implicadas en tal situación.

Y ha dicho también que todo cargo en casación, fundado en dicha causal, para ser procedente, debe contener una proposición jurídica completa, es decir, que tiene que presentar el fenómeno de la violación normativa, en aquellos casos en que la situación jurídica cuya tutela se pide se halla regulada por la combinación de diversos preceptos, señalando la totalidad de los textos legales sustanciales que tengan incidencia en el punto controvertido.

2. Tratándose de procesos en que el asegurado instaure la pretensión tendiente a que el asegurador cumpla la obligación de pagarle la indemnización, las normas de derecho sustancial en que debe basarse el ataque en casación a la sentencia así impugnada, tendrán que ser pues todas las que en el punto consagran el derecho pretendido. Cuando la censura omite citar como vulnerados algunos de los preceptos legales que son atributivos del derecho sub-

jetivo cuyo reconocimiento impetra, la acusación es incompleta y por tanto el recurso de casación está destinado al fracaso.

Decía el artículo 648 del Código de Comercio anterior, que "los establecimientos de comercio, como almacenes, bazares, tiendas, fábricas y otros, y los cargamentos terrestres o marítimos pueden ser asegurados, con o sin designación específica de las mercaderías y otros objetos que contengan. Los muebles que constituyen el menaje de una casa pueden ser también asegurados en esa misma forma, salvo los que tengan un gran precio, como las alhajas, cuadros de familia, objetos de arte u otros análogos. En uno y otro caso, el asegurado deberá individualizar los objetos asegurados, y justificar su existencia y valor al tiempo del siniestro".

Como se infiere de su contenido, esta norma, que es la única que el recurrente cita en este cargo como violada por el Tribunal, no declara, crea, modifica o extingue obligaciones; se limita a señalar algunas de las cosas que pueden ser objeto del contrato de seguros, por lo que no tiene categoría de sustancial y, por ende, no puede integrar un cargo en casación por quebranto del derecho sustancial. Para que lo sea, es menester que su referencia venga acompañada de aquel o de aquellos otros preceptos atributivos del derecho subjetivo que se considere vulnerado con la sentencia acusada.

3. Por otra parte, encontrándose edificada la sentencia del ad quem no solamente en la prueba que la censura ataca, sino también y principalísimamente en los documentos llamados "Convenio de Ajuste", que fueron los que tomó como base para determinar el valor de la indemnización debida por las demandadas a la demandante, la acusación del fallo por error de derecho en la estimación de aquella prueba (inspección judicial) no podría prosperar, porque aun en el evento de existir tal error subsistirían, por falta de impugnación, las razones que en torno a los referidos convenios de ajuste expuso el Tribunal.

4. A más de los dos indicados, el cargo que se considera ostenta otro defecto de técnica, puesto que formulado como viene por el error de derecho en que habría in-

currido el Tribunal, al no atribuir pleno mérito probatorio a los asientos consignados en los libros de contabilidad de la sociedad demandante, no señala, sin embargo, el pertinente precepto legal de valoración de dicha prueba que hubiese sido quebrantado por el sentenciador.

Palmar es que los artículos 43 y 47 del Código de Comercio anterior, que el recurrente cita como quebrantados en la apreciación del medio probatorio referido, no pudieron ser infringidos por el ad quem al pronunciar su fallo de 31 de agosto de 1972, por la muy sencilla razón de que dichas normas se encontraban a la sazón derogadas expresamente, a términos de lo estatuido por los artículos 2033 y 2038 del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio actual).

5. Los defectos de técnica anotados son razón suficiente para rechazar este cargo.

IV

Decisión

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 de fecha 31 de agosto de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario.

Sin costas en el recurso extraordinario por aparecer compensadas.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

*Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Es-
guerra Samper, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.*

REVALIDACION DE PAPEL

Casación: distintos actos que integran su trámite.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., dieciséis de agosto de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

I

El recurso

1. Mediante providencia de 17 de julio del presente año la Corte, apoyándose jurídicamente en lo preceptuado por el artículo 104 del Código de Procedimiento Civil, al advertir que la recurrente no había acatado hasta entonces el requerimiento a ella hecho desde el 14 de mayo anterior para que revalidara el papel común empleado en la actuación procesal, declaró desierto el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante en el proceso y que la Sala había admitido previamente.

2. Contra aquel proveído esa misma parte ha interpuesto oportunamente reposición, persiguiendo que el auto por ella censurado se infirme para que, en su lugar, se admita su demanda de casación.

Expone la reposicionista, fundando en ellas la ilegalidad que atribuye a la providencia hoy impugnada, las siguientes cuatro razones que la Sala sintetiza:

a) Que de todo el papel que en el proceso hay sin revalidar sólo corresponde a ella, por cuanto ambas partes son las recurrentes en casación, una de las dos hojas empleadas en la actuación de la Corte, por lo que resulta “injusto y contrario a los fines procesales de la revalidación” imponerle la pérdida de su recurso; b) Que

como según el inciso 2º del artículo 104 del Código de Procedimiento Civil, a pesar de habersele requerido al efecto debe oírse al litigante que no haya revalidado el papel “en caso de interposición de recursos”, tal excepción es aplicable en el presente caso puesto que, dice, “el recurso de casación no queda interpuesto definitivamente sino con la presentación de la respectiva demanda”; c) Que si bien el precitado artículo 104 dispone no oír al litigante deudor de la revalidación, dicho precepto, sin embargo, “no dice en parte alguna que se deba declarar desierta la demanda de casación ni la petición de cualquiera que se haya formulado”; y d) Que al producirse la revalidación antes de la ejecutoria del auto que aplica la sanción, como aquí ha ocurrido “pues hoy hemos revalidado el papel”, la providencia declaratoria de la deserción debe revocarse, porque la finalidad perseguida, que es obtener el pago del impuesto, “ha quedado ya cumplida”.

III

Consideraciones de la Corte

1ª Si, como lo establece el artículo 103 del Código de Procedimiento Civil, el papel sellado que sea indispensable para el trámite y para las providencias que hayan de dictarse, lo debe suministrar el litigante que promueva el proceso, incidente o recurso, según fuere el caso; y el necesario para resolver las demás peticiones y para las diligencias y pruebas, quien haya formulado el respectivo pedimento, no es exacto afirmar, como aquí lo asevera la recurrente, que de todo el gastado en la actuación y que se ordenó revalidar sólo le

corresponde a ella una de las dos hojas utilizadas por la Corte.

En efecto, a más del que ésta acepta, era de su cargo la revalidación del que aparece en los siguientes folios: 11 del cuaderno número 2, empleado por el juzgado de la primera instancia para decidir una petición suya referente a la liquidación y aprobación de costas causadas a su favor; 14 del cuaderno número 4 y 20 del cuaderno número 7, contentivos de decretos de pruebas pedidas por la demandante; y 50 del cuaderno número 7, empleado por el juzgador de segunda instancia para resolver el recurso de aclaración que contra la sentencia allí proferida interpuso la misma parte.

Pero aún en el supuesto de que la aseveración de la recurrente fuere cierta también sería aplicable la sanción establecida por el artículo 104 del Código de Procedimiento Civil, pues dicho precepto subordina su procedencia únicamente al no cumplimiento oportuno de la carga procesal establecida, sin consideración a la cantidad de papel que ha debido ser revalidado. Y como se trata de una situación jurídica instituida por la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, establecida en interés del requerido, cuya omisión trae aparejada para él una consecuencia gravosa, no puede ciertamente calificarse ésta de injusta puesto que su imposición depende exclusivamente de su voluntad. En derecho procesal las cargas establecidas por la ley, se traducen en poner a cargo de los litigantes las consecuencias penosas de sus omisiones, puesto que ellos son libres de obrar o de no obrar.

2ª Dentro de los actos procesales que según la ley regulativa del trámite de la casación son relevantes los siguientes: la interposición del recurso, que se traduce en la manifestación del litigante hecha ante el juez que ha proferido el correspondiente fallo de ejercer este medio de impugnación; la concesión, o sea la resolución judicial en el sentido de aceptar la postulación del recurrente; la decisión de la Corte admitiéndolo; la presentación de la demanda de casación, o sea el escrito mediante el cual se fundamenta el recurso interpuesto, concedido y admitido; el tras-

lado de ella al opositor; y, finalmente, el pronunciamiento de la sentencia.

Pero si bien todos estos actos se hallan concatenados entre sí, existiendo entre ellos íntima relación, a tal punto que la realización de los primeros determina la existencia de los subsiguientes, ellos son sin embargo distintos, no sólo por la oportunidad para su ejercicio sino también por la finalidad que a cada uno se atribuye. Consiguientemente no es dable desconocer su separación ni menos refundirlos en uno solo, para afirmar, como aquí lo hace la recurrente, que la presentación de la demanda es parte integrante del acto de interponer el recurso de casación; o que, éste sólo queda interpuesto cuando se presente la respectiva demanda.

Si el artículo 369 del Código de Procedimiento Civil dice que el recurso de casación debe interponerse en el acto de notificación personal de la sentencia, o mediante escrito presentado dentro del plazo perentorio indicado en dicha norma, que obvia y naturalmente es anterior a la admisión; y si el artículo 373 ejusdem preceptúa que "admitido el recurso" se da traslado al recurrente para que formule su demanda, se impone aceptar que la interposición del recurso, como acto procesal, queda totalmente surtido en el momento en que el litigante haga la manifestación pertinente y no cuando formule la demanda de casación.

Y siendo ello así, la excepción que en punto de no oír al litigante deudor de la revalidación del papel trae el antecitado artículo 104, procede aplicarla cuando se trate de conceder el recurso extraordinario y no cuando, ya concedido y admitido éste, el recurrente presente su demanda de casación o formule otras peticiones. De no aceptarse esta interpretación habría que decir que los artículos 103 y 104 del Código de Procedimiento Civil no tienen aplicación en la casación, lo que, por tratarse de normas de carácter general, no parece que haya sido el pensamiento del legislador.

3ª Cuando el artículo 104 citado, mediante su primer inciso, dispone que si la parte requerida para que revalide el papel común "no lo hiciere en el término de ejecutoria, no será oída en el proceso has-

ta cuando suministre estampillas de timbre nacional por el doble del valor del papel debido", reglamenta una situación jurídica de carácter general, la cual por tanto debe gobernar todos los casos que se edifiquen sobre los supuestos de hecho que ella requiere.

Así, pues, a pesar de que dicho precepto no dice concretamente que se deba declarar desierta la demanda de casación presentada por el deudor de la revalidación de papel, esa es y debe ser la decisión que se impone por proyectarse en tal acontecer la regla general; pues admitir en ese supuesto la demanda de casación implica, contra lo que dicha norma prohíbe, oír al litigante que no ha cumplido con el requerimiento, y por lo mismo, hacer nugatoria la sanción establecida para quien no ha observado una conducta exigida y cuya revalidación es facultativa de su parte.

4ª Con base en la preceptiva legal contenida en el referido artículo 104, ha dicho la doctrina de la Corte que el litigante deudor de la revalidación recobra su derecho a ser oído en el proceso, pero a partir del momento en que haya efectuado la revalidación ordenada. Lo cual significa que el acatamiento extemporáneo de la conminación judicial le hace renacer al requerido el derecho a ser oído, pero no que la sanción desaparezca retroactivamente.

Que es ésta la interpretación racional de la norma, lo corrobora el procesalista colombiano Devis Echandía, quien como co-autor de ella expresa en el punto: "Para aplicar dicha sanción al deudor de esta especie de multa, es necesario requerirlo primero por auto del juez, para que haga la revalidación, y que no obedezca en el término de ejecutoria de dicho auto. Sin em-

bargo, cuando se haga la revalidación después de dicha ejecutoria, pero antes de que el juez haya dictado el auto rechazando la petición, debe oírse a ésta, porque el impedimento ya no existirá". (Compendio de Derecho Procesal, Tomo III, Pág. 102, Edición 1972. Subraya la Corte).

Luego, si en el caso presente se hizo la revalidación pero después de haberse rechazado la demanda de casación, no podría hoy, sin irrespetar el principio de la preclusión que impera en el procedimiento civil, admitirse una demanda que, por efecto de la sanción anteriormente vigente, sólo debe considerarse presentada el 26 de julio (día de la revalidación), es decir, fuera del término señalado al efecto por el artículo 373 del Código de Procedimiento Civil).

5ª De todo lo dicho se sigue que el auto recurrido debe mantenerse por encontrar fundamento en lo estatuido por los artículos 104 y 373 del Código de Procedimiento Civil.

III

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, niega la reposición solicitada por la recurrente para el auto de diecisiete (17) de julio pasado.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial.

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Esquerro Samper, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

CORRECCION DE ERROR ARITMETICO

Son diferentes la aclaración y la corrección.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., veinticinco de septiembre de mil novecientos setenta y tres.

Procede la Corte a resolver la petición de corrección de error aritmético formulada por la parte demandada a la sentencia de 7 de noviembre de 1972, proferida por la Corte en el proceso ordinario de Gerardo y Argemiro Mejía contra Esneda Cardona de Echeverri, como heredera testamentaria de Francisco Echeverri Mejía.

Antecedentes

A. En el mencionado fallo la Corte casó la sentencia recurrida y como Tribunal de instancia, decidió la litis así:

"1. Revócase la sentencia de primer grado proferida en este proceso el 25 de junio de 1971 por el Juez Primero Civil del Circuito de Cartago.

"2. Declárase que Gerardo Antonio y José Argemiro Mejía, hijos de Clara Mejía, bautizados, en su orden, el 27 de octubre de 1918 en la Parroquia de Finlandia y el 14 de enero de 1923 en la Parroquia de Alcalá, son hijos naturales de Francisco Echeverri Mejía y por consiguiente tienen derecho a recibir en la sucesión de su padre la legítima efectiva que les corresponde de acuerdo con la ley, al haber sido preteridos en el testamento del causante, en concurrencia con la demandada Esneda Cardona de Echeverri Mejía como heredera testamentaria del mismo.

"3. En consecuencia, declárase que la partición de los bienes relictos efectuada en el juicio de sucesión de Francisco A. Echeverri Mejía, que cursó en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cartago, y aproba-

da mediante providencia del 8 de noviembre de 1965, es inoponible a los herederos Gerardo Antonio y José Argemiro Mejía en su calidad de hijos naturales del causante, y por tanto, ordénase que la partición en referencia se haga nuevamente teniendo en cuenta lo dispuesto en esta sentencia.

"4. Condénase a Esneda Cardona de Echeverri a restituir a los demandantes los bienes hereditarios recibidos por ella y que corresponden a la legítima efectiva a que éstos tienen derecho como hijos naturales de Francisco Echeverri Mejía, junto con la parte proporcional de los frutos naturales y civiles que éstos hubieren producido o podido producir con mediana inteligencia y actividad a partir de la contestación de la demanda, y con ese derecho a que se le abonen a dicha demandada los gastos que demostrare haber invertido en producirlos.

"5. El valor de los frutos y gastos de que trata el ordinal inmediatamente anterior, se fijará por el juzgado de primera instancia en la forma que indican los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

"6. Por el juzgado del conocimiento líbrese el oficio que sea del caso, para dar cumplimiento a los artículos 60 y 76 del Decreto 1260 de 1970.

"7. Condénase a la demandada en las costas de ambas instancias; sin ellas en el recurso extraordinario".

B. La parte demandada, mediante escrito recibido el 18 de agosto del año en curso, solicita que se corrija el error aritmético en que pudo haber incurrido la Corte respecto del numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia y de la parte motiva de la misma, en cuanto ofrece dos interpretaciones, una que tiene el demandante y otra diferente la demandada.

C. La solicitud viene fundada en las siguientes apreciaciones: . .

a) Que la Corte, con relación a la pretensión acumulada de petición de herencia, formulada por los demandantes, textualmente dijo: "De acuerdo con el artículo 1276 del Código Civil el haber pasado a un legitimario en silencio deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima. En estas condiciones, los hijos naturales, como legitimarios que son (Art. 1240, Ord. 3º del C. C.) tienen derecho a la mitad de la herencia, y como descendientes, a la cuarta de mejoras (Art. 24, Ley 45 de 1936), sin que al efecto sea necesario reformar el testamento. La cuarta parte restante corresponde a la cónyuge sobreviviente por concepto de la cuarta de libre disposición de la cual, como es obvio, podía disponer el testador a su antojo";

b) Que la anterior consideración ha llevado a los jueces y al abogado de la parte demandante a deducir, que cuando la Corte dispuso en el numeral 3º de la parte resolutive, "ordenase que la partición en referencia se haga nuevamente teniendo en cuenta lo dispuesto en esta sentencia", está "mandando que simplemente el partidador tome el acervo o masa de bienes que el difunto dejó, lo divida por cuatro y me asigne a mí una cuarta parte de esta masa de bienes";

c) Empero, expresa luego el peticionario que él no lo entiende así; y considera que cuando la Corte "afirma en el texto de la sentencia que por concepto de la cuarta de libre disposición me corresponde la cuarta parte de la herencia, no se me está desconociendo en manera alguna el derecho no sólo a porción conyugal sino a mayor cuota de la herencia y en ese caso el sobrante de la porción conyugal se imputará de acuerdo con el artículo 1237 del Código Civil a la cuarta de libre disposición. . . En consecuencia considero que la Corte no ha ordenado al partidador desatender el artículo 1016 del Código Civil cuando ordena que 'en toda sucesión por causa muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado incluso los créditos hereditarios: Primero. Las costas de publicación del testamento si lo hubiera y las demás anexas a la aper-

tura de la sucesión. Segundo. Las deudas hereditarias. Tercero. Los impuestos fiscales que graven toda la masa hereditaria. Cuarto. Las asignaciones alimenticias forzosas. Quinto. La porción conyugal a que hubiere lugar, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos. El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley";

d) Que en razón de lo dicho, pide que se corrija el error aritmético que hubiera cometido la Corte en el fallo referido, en el sentido siguiente: "La cuarta parte de bienes a que asciende mi porción conyugal porque carezco en absoluto de bienes y lo poco que tenía lo invertí en mejoras de los de la sucesión, se toma previamente del haber herencial (Art. 1016) y sobre el haber herencial restante el Partidor calcula las demás asignaciones forzosas. Para el caso presente la sucesión de Francisco Echeverri Mejía se divide en dieciséis partes. Cuatro, de esas dieciséis partes se toman del haber herencial previamente y se me asignan como porción conyugal. Las doce restantes son la base para el cálculo de las demás asignaciones forzosas. Y ese haber herencial restante se divide en cuatro partes, dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas y en consecuencia seis de los doce dieciseisavos de la herencia se destinan a las legítimas rigurosas; una cuarta parte o sea tres dieciseisavos se destina a cuarta de mejoras que de acuerdo con lo dispuesto por la Corte corresponden a los demandantes y los tres dieciseisavos restantes o sea la cuarta de libre disposición me corresponde en mi calidad de heredera universal testamentaria. En resumen los demandantes tienen derecho a las nueve dieciseisavas partes de los bienes y yo tengo derecho a siete dieciseisavas partes de esos bienes. Además, en la hijuela de gastos tengo derecho a que se me asigne los que realicé por concepto de pago de impuestos, publicación del testamento y las demás de que habla la ley".

Se considera

1. Si bien es cierto que la sentencia es inmutable por el mismo juez que la pronunció, como quiera que no la puede revocar ni reformar, sí tiene facultad para

aclararla o corregirla, en determinados eventos.

2. La aclaración de la sentencia se ofrece como un correctivo jurídico cuando en ella aparezcan conceptos o frases que denoten verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidos en su parte resolutive o incidan en ella. La aclaración es procedente dentro del término de la ejecutoria de la respectiva sentencia, bien de oficio, ora a solicitud de parte (Art. 309 del C. P. C.).

De manera reiterada ha sostenido la doctrina de la Corte que los conceptos o frases que pueden aclararse, "no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador; sino aquellas provenientes de redacción ininteligible, o del alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutive del fallo". (G. J., Tomo XLIX, Pág. 47).

3. Respecto de la corrección de las providencias, ésta tiene lugar, según el ordenamiento, cuando en ellas se haya incurrido "en error puramente aritmético", lo cual puede hacerse en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte. Si la corrección se ordena luego de terminado el proceso, el proveído que la decreta se notificará en la forma señalada en el artículo 205 (Art. 310 C. de P. C.).

La corrección es un remedio que toca exclusivamente con el error aritmético cometido por el fallador, como cuando se equivoca en los resultados de una operación numérica. Es, pues, una cuestión que tiene que ver eminentemente con números.

Sobre el particular, la Corte ha enunciado, con bastante claridad, lo que debe entenderse por "error puramente aritmético". Al efecto ha dicho: "El error numérico a que se refiere la ley es el que resulta de la operación aritmética que se haya practicado, sin variar o alterar los elementos numéricos de que se ha compuesto o que han servido para practicarla; es decir, que sin alterar los elementos numéricos, el resultado sea otro diferente; 'habrá error numérico en la suma de 5, formada por

los sumandos 3, 2 y 4'. Entiende pues la Sala que tal error aritmético deriva de un simple lapsus calami, esto es, del error cometido al correr de la pluma, y como tal fácilmente corregible porque solamente se ha alterado el resultado sin alterar los elementos de donde surge la operación". (G. J. Tomo LXXXVII, Pág. 902).

4. Empero, como la aclaración y la corrección difieren, no sólo en la oportunidad para proponerlas sino también en cuanto a sus propósitos, ya que la primera va orientada a eliminar la duda motivada en conceptos o frases y la segunda a reparar un yerro de orden numérico, no se pueden involucrar, en tal forma que tras la formulación de un error aritmético se pretenda conseguir la aclaración de una providencia. "La corrección numérica —ha dicho la Corte— ha de ser de tal naturaleza que no vaya a producir mutaciones sustanciales en las bases del fallo, porque, de ocurrir tal cosa, se llegaría al absurdo de que a pretexto de una corrección numérica, se pretendiese fuera de tiempo, una aclaración sobre conceptos oscuros o dudosos". (G. J. Tomo LXVI, Pág. 782).

5. La parte demandada, quien pide la corrección de la sentencia por error aritmético, pretende inequívocamente una aclaración de la misma, en razón de conceptos contenidos en ella, que han propiciado distintas interpretaciones en lo atinente a la distribución de la herencia del causante Francisco Echeverri Mejía.

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, declara que es improcedente la corrección de la sentencia de 7 de noviembre de 1972.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Alfonso Peñaléz Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

SIMULACION RELATIVA

Error de derecho en el nuevo Código de Procedimiento Civil. — Prueba de la simulación inter partes. — Restricción de la prueba testifical. — Indicio proveniente de la falta de documento o principio de prueba por escrito. — Testimonio único, no excluible hoy. — Nulidad de donación entre vivos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., veinticinco de septiembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 29 de septiembre de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por Gregorio Ladino Guáqueta frente a María Inés Ladino de Prieto.

II

Antecedentes

1. Gregorio Ladino, nacido en la población cundinamarquesa de Soacha en septiembre de 1901, contrajo matrimonio católico en la Parroquia de Santa Bárbara de Bogotá el 2 de enero de 1928 con Lucía Cubillos.

Dentro de la unión connubial Ladino-Cubillos se procrearon los siguientes tres hijos: Neftalí, María Dolores y María Inés, cuyos nacimientos ocurrieron, respectivamente, el 19 de julio de 1929, el 2 de enero de 1931 y el 30 de julio de 1935.

2. María Inés Ladino Cubillos se unió en matrimonio por los ritos de la Iglesia Católica con Roberto Prieto, en esta ciudad de Bogotá el 3 de mayo de 1956.

3. El 18 de abril de 1969, mediante escritura pública número 1629 que en esa fe-

cha se otorgó en la Notaría 10ª de Bogotá, se ajustó entre Gregorio Ladino Guáqueta y María Inés Ladino de Prieto, vinculados entre sí por la relación paterno-filial, el contrato de compraventa cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) El primero expresó vender a la segunda, y ésta comprar a aquél, el derecho de dominio de la casa de habitación demarcada con el número 39-42 Sur de la carrera 25 de Bogotá, junto con el terreno sobre el cual se halla edificada, comprendido todo el inmueble dentro de los siguientes alindamientos: "Por el Oriente, en extensión de veintidós metros (22.00 Mts.), con lote de terreno que es o fue de la Beneficencia de Cundinamarca; por el Sur, en extensión de catorce metros (14.00 Mts.), con parte del mismo globo mayor que se reserva el exponente vendedor; por el Occidente, en extensión de cinco metros (5.00 Mts.), con la calle cuarenta A (40-A) de la nomenclatura de Bogotá, de aquí voltea hacia el Oriente en extensión de seis metros con veinte centímetros (6.20 Mts.), con parte del mismo globo mayor vendido ya por el exponente, y de aquí hacia el Norte, en extensión de diez y siete metros (17.00 Mts.), con parte del mismo lote vendido por el compareciente; y por el Norte, en extensión de siete metros con ochenta centímetros (7.80 Mts.), con la carrera veinticinco (25) de la nomenclatura de Bogotá";

b) Acordaron los contratantes como precio de la venta convenida la suma de treinta y cinco mil pesos (\$ 35.000.00), que en ese acto el vendedor declaró haber "recibi-

do en dinero efectivo y a su satisfacción de manos de la compradora”;

c) Expresó el tradente que el inmueble por él transferido lo había adquirido, así: el terreno, por compra que en mayor extensión hizo a Jorge Medina según escritura número 1396 de 9 de marzo de 1946, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá; y la edificación, por haberla “levantado a sus propias expensas y con dineros de su exclusiva propiedad”, y

d) Mediante la cláusula cuarta de dicho pacto, manifestó el vendedor haber hecho, desde esa fecha, “entrega real y material” del inmueble vendido; y la compradora, “que ya se encuentra en posesión del inmueble que adquiere”.

4. La precitada escritura número 1629 fue inscrita el 7 de mayo de 1969, bajo el número 8069-B de la página 684 del Libro Primero de la Oficina de Registro del Círculo de Bogotá.

III

El litigio

1. Mediante libelo del 10 de abril de 1970 el citado Gregorio Ladino Guáqueta demandó ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá a María Inés Ladino de Prieto, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que el contrato de compraventa a que se refiere la escritura número 1629 de 18 de abril de 1969, de la Notaría 10ª de Bogotá, celebrado entre el demandante como vendedor y la demandada como compradora, es simulado;

b) Que, consecuencialmente, se declare que el verdadero contrato contenido en la referida escritura es una donación;

c) Que dicha donación es nula, de nulidad absoluta, por falta de insinuación;

d) Que se decrete la cancelación del registro del título escriturario citado, y

e) Que la demandada sea condenada a pagar las costas procesales.

2. Además de los hechos que fluyen de los antecedentes relatados, el demandante invocó como fundamento de sus pretensiones los siguientes:

a) Que al inicio del año de 1969, cuando

Gregorio Ladino se encontraba padeciendo trastornos psíquicos y en edad procreta, su hija María Inés, junto con su esposo Roberto Prieto, se fue a vivir con él en la casa número 39-42 Sur de la carrera 25 que aquél habitaba en esta ciudad de Bogotá;

b) Que para entonces el matrimonio Ladino-Prieto se encontraba “en penosa situación económica”, puesto que carecía de patrimonio; el cónyuge obtenía rentas que arrojaban un promedio mensual un poco mayor a los cien pesos, y la esposa no tenía bienes o rentas;

c) Que a los pocos días de estar viviendo unidos, María Inés Ladino de Prieto aparece comprando a su padre la casa de habitación de propiedad de éste, mediante el otorgamiento de la escritura número 1629 de 18 de abril de 1969;

d) Que muy a pesar de que dicho inmueble tenía entonces un avalúo catastral de \$ 48.300.00 y comercialmente valía más de \$ 100.000.00, se hizo figurar como precio de la compraventa la suma de \$ 35.000.00, precio éste que, sin embargo de haberse expresado en la escritura lo contrario, el vendedor no recibió;

e) “El demandante —dice la demanda en el hecho 17— fue inducido a firmar la escritura por su estado psicológico de abandono moral y angustia en que se hallaba. Firmada la escritura era de esperarse que su hija, en un gesto de gratitud asistiera a su anciano padre en sus últimos años. Pero ocurrió todo lo contrario: una vez asegurada la aparente compra, la hija abandonó al padre, yéndose a vivir a otra casa y dejando a su anciano progenitor en el más absoluto abandono y miseria”, y

f) Como el aparente vendedor no tuvo intención de enajenar su propiedad; ni hubo precio, y el que simuladamente se pactó no fue pagado por la compradora, ni en todo ni en la más mínima parte, aquél “permaneció y sigue permaneciendo como único y legítimo poseedor del inmueble, cuya propiedad aparentemente perdió como consecuencia de la escritura de que se ha hecho mérito”.

3. En su contestación al libelo incoativo del proceso la demandada, luego de negar los hechos invocados por el demandante, salvo los referentes a la celebración del

contrato y otorgamiento de la escritura, los cuales aceptó, se opuso a todas las súplicas impetradas.

Afirmando además que la compraventa que se impugna como simulada es real, que en ella sí concurren todos los requisitos esenciales para su existencia jurídica; y que nunca existió en el vendedor ánimo de gratuidad, propuso las excepciones que denominó "inexistencia de la pretendida simulación" e "inexistencia de la pretendida donación".

4. Surtido el trámite de la primera instancia del proceso el juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 13 de julio de 1971, mediante la cual denegó todas las peticiones de la demanda, absolvió a la demandada de los cargos contra ella formulados e impuso las costas al demandante.

5. Por apelación interpuesta por esta parte el negocio subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, en sentencia de 29 de septiembre de 1972, confirmó el fallo apelado y condenó al recurrente en las costas causadas en la segunda instancia.

III

Motivación del fallo impugnado

1. Después de relacionar los antecedentes del litigio y de transcribir la parte dispositiva del fallo de primer grado, expresa el Tribunal que como no encuentra "causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, ni reparo qué formular a los presupuestos procesales, le corresponde proférer la sentencia que decida "el fondo de la cuestión" aquí controvertida.

Y luego de hacer una serie de consideraciones generales en torno a aspectos de la teoría de la simulación de los actos jurídicos, dice el *ad quem*, apoyando su aserto tanto en el *petitum* como en la *causa petendi* expresados en la demanda, que es indubitante que al través de ella se ejercita "una acción de simulación relativa, que consiste en encubrir los efectos jurídicos de un acto real que las partes han querido celebrar con otro solamente realizado en apariencia"; pretensión que, añade, es ins-

taurada por uno de los contratantes en frente del otro.

2. Acomete en seguida el sentenciador el examen del acervo probatorio practicado a instancia del demandante.

En esta tarea, refiérese primeramente a los documentos aducidos al proceso con la demanda, para aseverar, con base en ellos, que están suficientemente demostrados los siguientes hechos: la calidad de hija legítima que la demandada tiene en relación con el demandante; la edad de éste superior a los setenta años; y el matrimonio de aquélla con Roberto Prieto, quien en el año de 1968 "sólo tuvo una entrada o renta bruta de \$ 1.400.00".

Relacionando luego las pruebas pedidas durante el trámite del proceso, el fallador extraxo el contenido de las posiciones absueltas por la demandada; el de los testimonios rendidos por Alicia Mora de Mayorga, Guillermo Nader y Luis Alberto González; y, finalmente, el del dictamen pericial que sobre el valor del bien objeto de la compraventa impugnada rindieron Juan Romero y Nemesio Barrera.

3. Afirma a continuación el Tribunal, analizando estos medios de prueba, que "tomados en su conjunto, no alcanzan a desvirtuar la presunción que aparece del instrumento público 1629 que contiene el contrato de compraventa celebrado entre Gregorio Ladino Guáqueta (vendedor) y María Inés Ladino de Prieto (compradora) del inmueble alindado y especificado en el instrumento y la demanda, presunción que se refiere al pago del precio pactado".

Apunta el *ad quem* que según la escritura pública en la cual se plasmó el contrato de compraventa ajustado, el vendedor confesó haber recibido a su satisfacción, de manos de la compradora, los \$ 35.000.00 en que se acordó el precio del inmueble enajenado; y que, "pese a la amplitud de convicción que pueda tener el juez al hacer el examen racional de la prueba, conforme a los principios que animan el actual Código de Procedimiento Civil", para desvirtuar esa declaración es indispensable, "cuando se trata entre partes contratantes, aportar una prueba de igual categoría, de igual convicción y de tal naturaleza, semejante al instrumento público".

4. Estimando el Tribunal que el criterio por él expuesto guarda armonía con la doctrina de la Corte contenida en la sentencia de 23 de agosto de 1972, la cual transcribe, concluye que "cuando el litigio de simulación surge inter partes, el documento público hace plena fe en las declaraciones que contenga y no puede controvertirse sino con otra prueba de igual categoría. O lo que es lo mismo que entre las partes contratantes no hay libertad probatoria sino restringida'.

Amparado en este razonamiento, asevera el fallador que como en el presente caso "no se encuentra esa prueba de jerarquía igual o equivalente con virtualidad suficiente para desconocer las declaraciones contenidas en la escritura pública", se impone denegar la pretensión simulatoria deducida en la demanda, porque "no se encuentra justificada con prueba idónea y eficaz".

IV

La demanda de casación

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante. En la demanda respectiva le formula tres cargos, todos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, de los cuales se despacha el primero que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para casar el fallo impugnado.

Primer cargo

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto, por falta de aplicación, del artículo 1766 del Código Civil, como consecuencia del error de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas. La censura señala, como violación medio, los artículos 187, 232 y 698 del Código de Procedimiento Civil.

2. Concretando el error de jure que denuncia, dice el censor que en él incurrió el sentenciador al sostener equivocadamente "la existencia de un doble sistema probatorio en punto a simulación", criterio

que lo condujo a desconocer eficacia y a no atribuir por tanto mérito demostrativo a las pruebas practicadas, las cuales relaciona.

Y luego de advertir que los artículos 1767 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887, los que establecían limitaciones para la prueba testifical, fueron expresamente derogados por el artículo 698 del actual Código de Procedimiento Civil, asevera el recurrente que "si hoy, derogadas las dos normas citadas, se pueden probar con testigos obligaciones cualquiera que sea su cuantía y se admite aun la prueba testimonial para probar obligaciones que han debido constar por escrito, nada impide que la simulación, es decir, la existencia del acto oculto que debe prevalecer sobre el aparente, se pruebe por ese medio de prueba o uno otro cualquiera, sean quienes fueren los litigantes".

Añade la censura que el artículo 232 del actual Código de Procedimiento Civil en nada se opone a dicha libertad probatoria, en primer lugar, porque no se puede colocar "al legislador resucitando lo que él mismo mató"; y en segundo término, "porque una cosa es que no se acepten pruebas distintas de un escrito o confesión del demandado, y otra muy distinta que la falta de escrito se tenga, como realmente lo ordena esa norma, como indicio grave de la inexistencia del respectivo acto".

Continuando con el desenvolvimiento del cargo, dice el impugnador que por no dar aplicación a lo estatuido por el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil el Tribunal dio vida "extralegal a un sistema que sigue dejando intacta esa dicotomía entre verdad procesal y verdad real o 'verdad verdadera', que fue precisamente una de las circunstancias que justificaron el cambio en el sistema procesal".

3. Concluyendo la formulación del cargo, afirma el impugnante que por no haber acatado las voces de los artículos 232 y 698 del Código de Procedimiento Civil el Tribunal sentenciador, al desconocer eficacia a las pruebas practicadas, negó la simulación y absolvió a la demandada; y que al actuar en dicha forma quebrantó con su fallo, por inaplicación, el artículo 1766 del Código Civil.

V

Consideraciones de la Corte

1. Según se infiere del extracto que de su sentencia se ha hecho, estimó el Tribunal de Bogotá, y sobre este cardinal juicio edificó su fallo desestimatorio de las súplicas de la demanda, que tratándose aquí de un litigio sobre simulación surgido entre las mismas partes contratantes, todas las pruebas practicadas en el proceso, en ausencia de una que sea “de igual categoría, de igual convicción y de tal naturaleza, semejante al instrumento público”, son inidóneas o ineficaces para desvirtuar las estipulaciones consignadas en la escritura en la cual se plasmó la compraventa impugnada.

El error de derecho en que habría incurrido el juzgador ad quem en la apreciación probatoria, lo hace consistir la censura, sustancialmente, en que orientado el Tribunal por el falso criterio de la supervivencia “de un doble sistema probatorio en punto a simulación”, llegó a considerar en su sentencia como ineficaces, y por ende a negarles todo valor demostrativo, medios que al amparo de la nueva legislación procesal son admisibles en este tipo de controversias, así ellas se presenten entre partes.

2. Lo ha dicho ya la Corte, y hoy lo reitera, que a pesar de que el Código de Procedimiento Civil que rige en el país desde el 1º de julio de 1971, en punto a valoración de pruebas consagró como regla general el sistema de la persuasión racional, conforme al cual corresponde al fallador ponderar razonadamente su mérito de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como conservó sin embargo la necesidad de observar determinados ritos en la producción de los diferentes medios, el error de derecho, como modalidad de la causal primera de casación, no desapareció absolutamente de su panorama.

Y así, en esta clase de yerro puede hoy incurrir el fallador cuando aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando, viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las evalúa por estimar erradamente que fue-

ron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probativo por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere.

Por cuanto en ninguna de estas hipótesis se trata de que el sentenciador deje de ver las pruebas que obran en el proceso o suponga las que no existen en él; sino de que en la tarea valorativa de ellas infringe las normas legales que regulan su producción, su conducencia o su eficacia, los errores en que incurre no son de hecho sino de derecho.

3. Ha sostenido la doctrina, y sobre tal aserto edifica la teoría de la simulación de los actos jurídicos, que si el contrato válidamente celebrado es ley para las partes, nada impide dentro del régimen de la libertad de las convenciones, que los pactos secretos sean eficaces, sin perjuicio de los intereses de terceros pues que la voluntad declarada se subordina a la voluntad real.

Y como la escritura pública es medio por excelencia para pregonar declaraciones jurídicas frente a toda persona, muy frecuentemente acontece que el documento de esta especie se utilice para la simulación, no porque esta forma de declarar la voluntad se haga invulnerable, sino porque en principio exhibe los atributos de plena prueba, y conserva todo su rigor mientras no se presente la demostración contraria. El artículo 1766 del Código Civil, norma que fue reproducida en el 267 del Código de Procedimiento Civil, hoy vigente, establece que “las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros”, pero sí inter partes, desde luego que no está desconocido el valor de estas contraescrituras privadas.

La técnica probatoria de la acción de simulación, también llamada de prevalencia, consiste en sacar a flote la voluntad privada para que prevalezca sobre la externa que ostenta el acto público, sin per-

juicio, desde luego, de terceras personas. Para la prosperidad de la pretensión es necesario demostrar, entonces, aquella voluntad privada que es la que contiene la verdadera de las partes.

4. Reiteradamente ha venido sosteniendo la jurisprudencia de esta Corporación que cuando a sabiendas de su falta de sinceridad, los otorgantes hacen declaraciones ostensibles en forma solemne, la fe debida a la escritura pública sólo puede ser desvirtuada entre las mismas partes, con la escritura privada auténtica; la confesión; y, por último, el principio de prueba por escrito, complementado con testigos o indicios.

Esta doctrina encontró fundamento jurídico suficiente en la preceptiva contenida en los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, los que en desarrollo de lo estatuido por la norma 1767 del Código Civil, según la cual bajo su vigencia era inadmisibles la prueba de testigos "respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito", a más de limitar la credibilidad del testimonio para probar obligaciones contractuales de menos de quinientos pesos, lo prohibían como medio de prueba, salvo contadas excepciones, para adicionar o alterar "de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la suma de quinientos pesos".

Consagraba pues este sistema legal el principio del predominio del documento escrito contra el testimonio oral, así aquél se hubiera otorgado como elemento ad probationem y no como requisito ad substantiam actus. Consiguientemente, al simulante no se le admitía la prueba testifical, ni la de indicios fundados en ella, para demostrar la voluntad que alteraba, modificaba, adicionaba o destruía la que revelaba el acto externo.

5. Sucede, empero, que como el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, a cambio del principio de la tarifa legal de pruebas, que en lo referente a la valoración de éstas era el dominante en el estatuto procesal anterior, consagró como regla general el sistema de la persuasión racional,

conforme al cual corresponde al fallador ponderar razonadamente el mérito de los distintos medios, sin estar sometido a reglas abstractas preestablecidas por el legislador, la teoría de la restricción de la prueba de la simulación inter partes reclama una revisión, puesto que a la sustancial modificación normativa así operada debe sobrevenir el correspondiente cambio de la doctrina jurisprudencial en el punto.

6. En el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, tratándose de contratos solemnes, la prohibición de probarlos con testigos sigue siendo absoluta: en ellos la prueba ad solemnitatem no puede suplirse por el testimonio, ni por la confesión, ni por otro medio de prueba.

En efecto, concretamente, en relación con la prohibición de la prueba testifical, establece el artículo 232 de dicho estatuto, que "la prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato"; y agrega el artículo 265 de esa codificación, que "la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y se mirarán como no celebrados aun cuando se prometa reducirlos a instrumento público".

Lo cual quiere decir que en el estatuto procedimental que hoy rige en el país se conservó la prohibición de la prueba testimonial por razón de la naturaleza solemne del acto jurídico, puesto que en él es la ley la que exige un medio de prueba solemne, sin cuya observancia el acto no nace a la vida del derecho.

Sin embargo, y por tratarse en tales supuestos de circunstancias que ordinariamente no constan por escrito, el testimonio es hoy idóneo, como también lo fue antes, para probar ciertos hechos relacionados con el contrato solemne, como ocurre con los vicios del consentimiento que pueden haber existido en el contrato, o con la ilicitud de su causa o de su objeto, o con la falsedad del contrato solemne.

7. Mas, como el artículo 187 del actual Código de Procedimiento Civil establece que "las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades",

dades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos", es forzoso aceptar que con la adopción del sistema de la persuasión racional, desaparecieron las restricciones que a la conducencia de la prueba testimonial establecía la legislación anterior, en lo referente al valor de la obligación por probar y a las posteriores reforma o adición de documentos; conservándose únicamente para los eventos en que la ley exija prueba ad solemnitatem, pues en éstos el escrito se requiere como elemento de la esencia del acto y no como elemento ad probationem.

Además, como mediante el artículo 698 del Código citado quedaron expresamente derogados los textos 1767 del Código Civil, 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, que consagraban limitaciones a la prueba testimonial por razón del valor de la obligación o para acreditar condiciones o cláusulas que en el documento no aparecían, es errado continuar hoy predicando la ineficacia de los testimonios para probar contra lo dicho en documentos públicos y privados.

8. Fluye de lo anterior la consecuencia de que, cuando a pesar de expresarse en el documento la causa del acto o contrato, una de las partes alega que ésta no existe o que es otra, en lo cual se concreta la acción de simulación, puede acudir a la prueba de testigos, o a la de indicios fundada en aquéllos, y en forma general a todos los medios que le permitan llevar al convencimiento del juzgador la verdadera y real voluntad de los contratantes, para que éste le haga prevalecer sobre la externa que ostenta el acto público. Al simulante se le deben admitir las pruebas de testigos y de indicios, pues de no ser así, de tener él que exhibir únicamente la contraescritura, o la confesión, o el principio de prueba emanado de la otra parte, se le colocaría dentro de la regla consistente en lo que el escrito prevalece sobre el testimonio oral, la que, como ha quedado visto, a la luz de la nueva ley probatoria ha perdido en principio su vigencia.

9. Por las razones que adelante se expresan, considera la Sala que en nada se opone a la anterior conclusión la preceptiva contenida en la segunda parte del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, según la cual "cuando se trate de probar

obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión".

Sea lo primero hacer notar que esta norma no excluye, explícita ni implícitamente, la prueba testimonial o de indicios basados en testimonios, para enervar o desvirtuar la voluntad expresada en el documento público o privado que sí se otorgó; y siendo esto así no es posible, sin atribuir al texto un alcance que no tiene, pretender encontrar en él una restricción a la prueba testimonial que el legislador de 1970, lejos de haber establecido, hizo desaparecer, como se deduce de la derogatoria expresa de los artículos 1767 del Código Civil, 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887; y, además, de la consagración del principio de la persuasión racional en punto a la valoración de pruebas.

El referido precepto se limita a establecer un indicio grave de la inexistencia del contrato cuando falta el documento o un principio de prueba por escrito, salvo que las circunstancias hayan impedido obtenerlo, o que el valor del acto o la calidad de las partes justifiquen su omisión: pero este indicio de inexistencia, como indicio que es, es susceptible de prueba en contrario, la que puede surgir de los testimonios puesto que el texto legal no los rechaza. Por consiguiente, si al analizar la prueba testimonial a la luz de la sana crítica el juez la encuentra con mayor fuerza probatoria que aquel indicio grave, nada le impide llegar a la conclusión de que muy a pesar de la falta de documento el contrato sí existe realmente.

10. Y si, como lo ha sostenido últimamente la doctrina de la Corte (sentencias de 16 de mayo y 30 de agosto de 1968, aún no publicadas, y 21 de mayo de 1969, G. J. T. CXXX, 142), en el fenómeno simulatorio no existe sino un solo y único acto, resultante de una misma voluntad expresada en parte con fines de mera apariencia, y en parte con fines efectivos (concepción

unitaria o monista); y no dos actos jurídicos distintos, uno ostensible y otro oculto, destinado el segundo a alterar el primero (concepción dualista), resultaría inaplicable el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil a los casos de simulación en que, como aquí ocurre, existe un documento escrito, puesto que en tal evento no busca el demandante demostrar la existencia de una convención jurídica no plasmada por escrito, sino acreditar que la causa real del pacto es distinta de la que reza el instrumento; y, por consiguiente, que su voluntad real debe prevalecer sobre el simple tenor de la declaración aparente.

11. Dedúcese de todo lo dicho que el Tribunal, al desconocerles en su sentencia eficacia a todas las pruebas practicadas para demostrar la simulación alegada por una de las partes para el contrato contenido en la escritura número 1629 de 18 de abril de 1969; y al omitir por consiguiente la valoración de ellas, afirmando que pese a la amplitud que para obtener el convencimiento se da al juez en el actual Código de Procedimiento Civil, ya vigente cuando en este proceso se proferieron las sentencias de primera y de segunda instancia, violó las disposiciones que en dicho estatuto regulan la conducencia de la prueba, quebrantando indirectamente por esta causa, por falta de aplicación, el artículo 1766 del Código Civil.

De lo cual se sigue que por ser fundado el cargo que aquí se formula contra el fallo impugnado, éste debe ser casado, y que, consiguientemente, la Corte debe proferir el que deba reemplazarlo.

VII

Sentencia sustitutiva

1. Para acreditar la simulación de la compraventa contenida en la escritura número 1629 de 18 de abril de 1969, alegada en la demanda incoativa del proceso, la parte demandante dedujo los siguientes dos medios de prueba: indicios y testimonios; cuya valoración pasa a hacer la Corte.

a) Obran en el proceso, debidamente probados en sus hechos indicadores, los siguientes indicios que por ser graves, concordantes y convergentes conducen a de-

mostrar, apreciados en conjunto y en relación con la prueba testifical que adelante se analizará, la certeza de que la voluntad declarada por las partes al través de la escritura número 1629 es apenas aparente y que sólo la expresaron para encubrir una donación, que fue el acto que ellas realmente quisieron celebrar.

1º El parentesco entre los contratantes

Aducidas al proceso por el demandante, obran en él legalmente producidas las copias de las siguientes actas de estado civil: a) La del matrimonio que por los ritos de la Religión Católica contrajo el 2 de enero de 1928 Gregorio Ladino con Lucía Cubillos, expedida por el Cura Párroco de Santa Bárbara de Bogotá; y b) La del nacimiento de María Inés Ladino Cubillos, de Prieto después de su matrimonio, ocurrido aquél el 30 de julio de 1935, copia expedida por el Cura Párroco de Las Cruces de esta misma ciudad, en donde consta que ésta es hija del matrimonio Ladino-Cubillos.

Acreditan suficientemente estos documentos que entre el vendedor Ladino Guáqueta y la compradora señora Ladino de Prieto existe primer grado de consanguinidad, puesto que aquél es el padre legítimo de ésta, vinculación materno-filial de la cual se infiere el indicio, que si bien contingente no fue sin embargo infirmado, de que el negocio jurídico contenido en la precitada escritura número 1629 de 18 de abril de 1969 no corresponde a la voluntad verdadera de los contratantes.

2º La falta de medios económicos de la adquirente

Al absolver el interrogatorio que durante la primera instancia del proceso a ella sometió su demandante, confesó la demandada que "jamás ha declarado renta y patrimonio"; que "jamás ha tenido cuenta corriente en ningún banco"; que "jamás ha tenido cuenta de ahorros en ninguna institución"; que "jamás se ha ganado la lotería, cinco y seis o concurso semejante"; y que antes del 19 de abril de 1969 no era "propietaria de bienes inmuebles".

Por su parte Roberto Prieto, quien por la época en que se celebró el contrato aquí

impugnado en sus efectos era el esposo de la compradora, con quien contrajo matrimonio el 3 de mayo de 1956 como lo acredita la respectiva acta expedida por el Notario Sexto del Círculo de Bogotá, según lo dice su correspondiente declaración de renta, carecía de activo patrimonial en 31 de diciembre de 1968; durante dicho año apenas sí obtuvo una renta bruta que ascendió a la suma de \$ 1.400.00; su cónyuge no tenía bienes o rentas y por tanto económicamente dependía de él para los efectos fiscales.

Demostrados pues fehacientemente estos hechos, cabe aceptar que ni la compradora separadamente, ni el matrimonio Prieto-Ladino, tenían en los primeros meses del año 1969 capacidad económica para adquirir por compra un inmueble al que se le dio el precio de \$ 35.000.00, que se dijo haberse pagado de contado. Esta incapacidad económica de la adquirente constituye otro indicio más que tiende a demostrar la simulación de la compraventa.

3º El bajo precio de la enajenación, comparado con el valor catastral y comercial del bien

Conforme al certificado de la Tesorería del Distrito Especial de Bogotá, expedido en abril de 1969 y transcrito en la escritura contentiva del pacto aquí impugnado, el bien que se dijo enajenar a título de venta tenía entonces un avalúo catastral de \$ 48.300.00. Y según el dictamen concorde, razonado y explicado de los peritos Juan Romero y Nemesio Barrera, ese predio tenía en esa fecha un valor comercial de \$ 79.200.00.

Si, pues, el precio de \$ 35.000.00 que en la escritura se estipuló para el inmueble, es algo menos de la mitad del que comercialmente a él correspondía, e inferior también al mismo avalúo catastral, esta circunstancia, no refutada por la demandada a través de todo el proceso, también conduce a demostrar la simulación invocada, pues no es normal que las personas vendan sus cosas a menosprecio.

4º Permanencia del enajenante en posesión del bien

Al contestar el hecho 18 afirmado en la demanda, la demandada, por conducto de

su apoderado, paladinamente aceptó ser cierto que la compraventa, en cuanto dice a la obligación de entrega de la cosa por el vendedor al comprador, no se ejecutó entonces ni lo ha sido después.

Y si a términos del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, la confesión por apoderado judicial vale cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, "que se presume para la demanda, las excepciones y las correspondientes contestaciones", se impone afirmar que, no obstante haberse expresado en la escritura la inmediata entrega por el vendedor a la compradora del bien que se dijo enajenar, aquél continúa hoy, en posesión de la finca, la que destina para su habitación personal y para la de algunos miembros de su familia.

La falta de ejecución del contrato y la carencia absoluta de actividad de la demandada para obtener la entrega de lo adquirido por ella, son circunstancias que, por no corresponder a la conducta ordinariamente observada por los contratantes en el caso de la compraventa, estructuran un indicio más de que la voluntad de las partes consignada en la precitada escritura no es real sino apenas aparente.

5º La inactividad probatoria de la demandada

De toda la actuación se desprende que la demandada guardó, en la etapa probatoria del proceso, absoluta pasividad, conducta que también conduce a demostrar la simulación del negocio, desde luego que no corresponde a la prudencia y diligencia que son normales en el demandado en acción de prevalencia no tomar actividad tendiente a justificar la realidad del acto jurídico impugnado, ni de dónde sacó el dinero para satisfacer el pago del precio del bien que expresó adquirir.

b) Prueba testimonial

El testigo Luis Alberto González, empleado de la Notaría Décima en la cual se otorgó el citado instrumento público, luego de expresar que conoce a los contratantes y que fue él quien, por orden del vendedor, elaboró la minuta de la referida escritura, dice en su exposición jurada que

Gregorio Ladino, encontrándose en la oficina del deponente, "me contó que quería otorgar testamento o hacer una donación sobre un inmueble de su propiedad o sea, del que se refiere la escritura, y después pedí algunas explicaciones de por qué quería hacer la donación, que era el de evitar impuestos, le aconsejé que hiciera una escritura de compraventa ya que el testamento no evitaba el juicio de sucesión, el cual costaba algún dinero y que no era conveniente para lo que él quería evitar y que para otorgar la escritura de donación, por tratarse de mayor cuantía, tendría que conseguir la licencia judicial y que para evitar uno y otro lo más conveniente era que le hiciera escritura de compraventa a uno de sus hijos, o a una persona de su entera confianza y escogió para el efecto a su hija la señora que figura como compradora del inmueble en disputa".

Agrega el declarante que inmediatamente Gregorio Ladino "me ordenó proceder a la elaboración de la escritura y la cual se firmó y legalizó. Recuerdo, —dice el testigo— que al firmar la escritura le advertí a la compradora que el instrumento que se estaba firmando, era lo que comúnmente se llama escritura de confianza, aun cuando para la ley no había la confianza, que por lo tanto ella debería tener en cuenta esa condición y respetar la propiedad que su padre le confiaba". Y expresó finalmente el declarante que "en ningún momento hubo entrega de dinero por parte de la compradora y por el contrario fue el vendedor quien hizo los gastos de escritura así como los de la minuta respectiva".

Todas estas afirmaciones, hechas en forma razonada, precisa y completa por persona hábil legalmente para testimoniar, tan vinculada por su profesión a la oficina pública en donde se otorgó la escritura y en quien no concurre ninguna circunstancia que afecte la credibilidad debida a sus asertos, contribuye a formar el convencimiento de la Corte de que el negocio jurídico objeto de esta controversia es ciertamente simulado.

Y como no existe en la legislación probatoria actual, como sí ocurría en la anterior, norma que consagre la ineficacia para el testimonio único, no es dable hoy excluirse total o parcialmente el mérito de-

mostrativo de la declaración que se considera, ya que, por otra parte, dicha prueba fue pedida en tiempo y decretada con conocimiento de la parte contra la cual se opone, quien por tanto tuvo oportunidad de fiscalizar su producción.

2. Con fundamento en los medios de prueba analizados, la Corte encuentra suficientemente acreditado que el negocio jurídico consignado en la escritura número 1629 de 18 de abril de 1969, otorgada en la Notaría Décima de Bogotá, es inexistente como compraventa, porque no hubo precio ni las partes tuvieron intención de vender y de comprar; y que esa declaración aparente estuvo destinada a ocultar un acto de donación, que fue el que realmente quisieron y consintieron los contratantes.

Se está, pues, en presencia de un caso de simulación relativa, en la que el negocio ajustado por las partes no corresponde a la declaración por ellas manifestada públicamente. Y como el objetivo inmediato de la acción de simulación es el reconocimiento de una realidad jurídica, las dos primeras súplicas de la demanda deben acogerse, pues con ellas se busca producir un estado de certidumbre respecto de una situación contractual equívoca al menos exteriormente.

3. Ha dicho la doctrina que la validez del acto jurídico oculto en la simulación, que es el que está llamado a regir efectivamente las relaciones que el negocio crea entre sus otorgantes, está subordinado a que en su celebración se observen todos los requisitos, tanto de fondo como de forma, legalmente necesarios para su eficacia jurídica.

Bien es verdad que en nuestro derecho positivo (Art. 1524 C. C.) la pura liberalidad o beneficencia es en principio causa suficiente de obligación; pero también lo es que cuando excede de dos mil pesos no tiene autonomía plena, puesto que en tal evento la donación requiere para su validez, en lo que exceda de dicho valor, de la insinuación judicial, según lo prescribe el artículo 1458 del Código Civil. Como lo ha dicho la Corte interpretando la razón de ser de esta disposición, intereses de orden superior reclaman la intervención del juez, a fin de que en la donación no se contravenga ninguna disposición legal y, fundamentalmente, para que haya correspon-

dencia y proporción entre lo donado y las facultades económicas del donante, quien como es natural debe conservar los medios indispensables para su subsistencia posterior.

Y si, como lo establece el artículo 1740 del Código Civil, es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, debe seguirse que la donación, que fue el negocio realmente querido y ajustado por los litigantes en la precitada escritura número 1629, en cuanto excede el valor de dos mil pesos, es nula por haberse omitido el requisito de la insinuación, y así habrá de declararlo la Corte.

4. Por cuanto la ley expresamente dispone que la donación entre vivos que no se insinuare, "sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos, y será nula en el exceso" (Art. 1458 C. C.), debe seguirse que cuando, como ocurre en el caso sub judice, se ha donado sin insinuación un bien raíz que valga más de la referida cantidad, el donatario conservará un derecho proindiviso en la finca, equivalente a aquella suma.

De conformidad con lo enunciado anteriormente, la donación que encubrió la compraventa contenida en la escritura número 1629 de 18 de abril de 1969 de la Notaría 10ª de Bogotá, es válida hasta la suma de dos mil pesos. De consiguiente, María Inés Ladino de Prieto conservará un derecho proindiviso equivalente a dicha suma en el inmueble determinado en esa escritura, en relación con el valor de \$ 79.200.00, que fue el dado al bien en dictamen pericial legalmente producido.

5. Como quedó dicho en la primera parte de esta providencia, al contestar la demanda la demandada propuso las excepciones que denominó "inexistencia de la pretendida simulación" e "inexistencia de la pretendida donación".

Mas, la sola denominación que la demandada dio a los medios defensivos que alega, es de suyo suficiente para advertir que los hechos en que los funda no constituyen excepciones de fondo, las que tienen por finalidad propia desconocer la existencia de la obligación que se pretende hacer efectiva en el proceso. Si el demandante no es titular del derecho que

reclama o su pretensión es infundada, se impone como consecuencia obvia y natural la absolución del demandado, sin que ello entrañe el acogimiento de una excepción jurídicamente inexistente.

6. De lo expuesto en este capítulo se sigue que la sentencia de primera instancia debe ser revocada para, en su lugar, acoger las súplicas formuladas por el demandante en su demanda.

Se debe además condenar a la demandada a pagar las costas de las dos instancias del proceso, en obediencia a lo preceptuado por el numeral 4 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

VIII

Decisión

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 fecha veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos setenta y dos (1972), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve:

Primero. Revócase la sentencia de trece (13) de julio de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida en este mismo proceso por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá.

Segundo. Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

Tercero. Declárase simulado el contrato contenido en la escritura pública número 1629 de 18 de abril de 1969, otorgada en la Notaría Décima del Círculo de Bogotá, por la cual Gregorio Ladino Guáqueta dice vender a su hija María Inés Ladino de Prieto, y ésta comprar a aquél, el inmueble número 39-42 Sur de la carrera 25 de esta ciudad de Bogotá, comprendido dentro de los alindamientos consignados en la primera parte de esta providencia.

Cuarto. Declárase que el vínculo jurídico que liga a dichos contratantes es el de una donación entre vivos, hecha por Gregorio Ladino Guáqueta a su hija legítima María Inés Ladino de Prieto.

Quinto. Declárase que esta donación es válida en cuanto a la suma de dos mil pesos (\$ 2.000.00), y nula en el exceso de dicho valor, por falta de insinuación.

Sexto. Comuníquese al Notario Décimo del Círculo de Bogotá la parte resolutive de la presente sentencia, para que se sirva anotarla al margen de la matriz de la escritura número mil seiscientos veintinueve (1629), del diez y ocho (18) de abril de mil novecientos sesenta y nueve (1969).

Séptimo. Inscríbese el presente fallo en los libros correspondientes de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá.

Octavo. Deniéguase el decreto de cancelación del registro de la precitada escritura

número 1629 de 18 de abril de 1969, solicitado en la demanda.

Noveno. Condénase a la demandada al pago de las costas causadas en las dos instancias del proceso, y

Décimo. Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

*Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Alfonso Pe-
láez Ocampo.*

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

FILIACION NATURAL

Posesión notoria: diferentes hechos constitutivos de la de hijo legítimo y la de hijo natural. — Presentación del hijo como tal. — Amplitud en el análisis de la prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., veintiséis de septiembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación que la parte demandante interpuso contra la sentencia de 1º de febrero pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en este proceso ordinario suscitado por Carlos Alberto y Mercedes Aros contra el Municipio de Gigante en su calidad de heredero de Manuel Freyre.

I

El litigio

1. Frente al municipio dicho y por los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, los Aros demandaron que se les declarase hijos naturales de Manuel Freyre Núñez y, consecuencialmente, herederos del mismo de mejor derecho que el Municipio de Gigante, por lo cual esta entidad, que viene ocupando la herencia a título de heredero, debe restituirles los bienes que integran la masa sucesoral; pidieron también que se declarase nulo el auto por medio del cual se reconoció al apuntado municipio como heredero de Freyre Núñez y que asimismo sin validez toda adjudicación que en pro de ese distrito se hiciera en el proceso sucesorio de aquél, y que se ordenase la inscripción de la sentencia favora-

ble, tanto en el registro civil como en la oficina de registro de instrumentos públicos y privados.

2. La causa para pedir se fundó en los siguientes hechos:

Los demandantes Carlos Alberto y Mercedes Aros, nacidos, respectivamente, el 2 de octubre de 1943 y el 28 de diciembre de 1944, son fruto de las relaciones sexuales notorias que, desde los albores del año de 1943 y hasta fines de 1944, sostuvieron Manuel Freyre y Leticia Aros.

Por parte del presunto padre los dos demandantes gozaron siempre de posesión notoria de hijos naturales, pues desde el momento de su nacimiento hasta la muerte de él, fueron no sólo tratados, sino presentados, como sus descendientes, ya que para asistir los alumbramientos Freyre buscó y pagó la partera, más adelante eligió los padrinos de bautismo, luego atendió a los gastos de educación, crianza y establecimiento, y los presentó siempre como a hijos suyos.

Muerto Manuel Freyre Núñez, el Municipio de Gigante, donde aquél tuvo su última vecindad, demandó la apertura del proceso sucesorio y reclamó se le reconociera, a falta de parientes, como heredero único del difunto, con estribo en lo que disponía el artículo 85 de la Ley 153 de 1887.

3. Notificado el auto admisorio de la demanda al personero municipal y corrido el traslado de ésta, la parte demandada lo dejó transcurrir sin dar contestación a aquélla. Agotado el trámite, el Juez Civil del Circuito de Garzón le puso fin a la instancia con fallo en que declaró la pater-

nidad demandada, reconoció que los demandantes son herederos legitimarios de Manuel Freyre y ordenó la inscripción del reconocimiento en los libros correspondientes del estado civil. De esta decisión solamente apeló el municipio demandado.

4. Tramitada la segunda instancia, culminó con sentencia de 1º de febrero último, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva revocó la de primer grado y, en su lugar, absolvió a la parte demandada. Entonces, los demandantes interpusieron el recurso de casación.

III

Fundamentos de la sentencia recurrida

Encuentra el Tribunal, luego de resumir los hechos y peticiones de la demanda, que los demandantes pretenden la declaración de paternidad natural con base en que, en la época que fueron concebidos, existieron relaciones sexuales entre su madre y Manuel Freyre, y en que éste, por más de cinco años, les dio posesión notoria de hijos naturales suyos; y pretenden también, consecuentemente, que se les declare herederos de mejor derecho que el municipio demandado.

Acometiendo luego el análisis del material probatorio, el ad quem expresa que no está demostrada la primera presunción de paternidad, por cuanto los testigos que relatan la existencia de trato sexual entre Leticia Aros y Manuel Freyre, no localizan tal suceso en el tiempo, motivo por el cual no es posible deducir que dichas relaciones tuvieron desarrollo durante la época en que los demandantes fueron concebidos. A continuación entra en el estudio de la otra, la de posesión notoria del estado de hijo natural, y desarrollando ese cometido dice que las declaraciones de Manuel Antonio Trujillo, Marcelina Garcés, Alfredo Ríos, José Blas Gerardino, Pedro Mejía Gaitán, Tomás Betancur, Domingo Gómez y Emilia Peralta, puntualizan que el presunto padre, Manuel Freyre, constantemente reconocía, ante ellos, que Carlos Alberto y Mercedes eran sus hijos naturales, pero que, en ningún paso de su exposición, hablan de "la época en la cual hizo este reconocimiento", y que "tampoco dan cuenta de la prolon-

gación en el tiempo de este mismo comportamiento hasta llegar a integrar el lapso necesario para configurar la posesión notoria". Añade que los declarantes José Ernesto Rojas, Marcelina Garcés, Ercilda Santofimio, Virginia Yaque de González, Margoth Motta y Manuel Trujillo y algunos de los ya mencionados "dan cuenta de la orden de alimentación, vestuario y útiles de colegio para los pretendidos hijos naturales, pero tampoco se indica un período dentro del cual se hubiera manifestado este comportamiento de Manuel Freyre, y que viniera a integrar el lapso requerido para establecer la posesión notoria, a excepción de lo dicho por Manuel Antonio Trujillo".

En síntesis, el Tribunal halla demostrados los elementos de la posesión notoria en cuanto al trato y a la fama, mas por encontrar ausente el relativo a la permanencia o prolongación en el tiempo de ese status de hijo, negó la declaración de paternidad.

De lo expuesto concluye el Tribunal que "si no es posible hacer la declaración de filiación natural, es obvio que carece de consistencia jurídica el análisis sobre la acción de petición de herencia, porque es presupuesto fundamental de la última, que se tenga la calidad de heredero".

IIII

La demanda en el recurso extraordinario

Enmarcados en la causal primera de casación, dos cargos enfila el recurrente contra el fallo antes extractado. Como la Corte encuentra que el primero debe prosperar, contraerá a él su estudio.

Fúndase éste en que el Tribunal, a consecuencia de la comisión de evidentes errores de hecho en la apreciación de la prueba de testigos, que luego puntualiza, violó por falta de aplicación, los artículos 6º, ordinarios 6º y 9º de la Ley 75 de 1968, 6º y 2º de la 45 de 1936 y 1321 a 1326 del Código Civil.

Desenvolviendo el ataque, el censor expresa que la sentencia, "en lugar de apreciar las pruebas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, exponiendo siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada una de ellas (Art. 187 del C. de P. Civil), toma el total acervo proba-

torio en montonera y razona genéricamente y en las mismas condiciones atribuye a la totalidad apartes de lo declarado por algunos testigos; negándoles a los mismos y a los otros, lo que verdaderamente dijeron, y solamente para hacer más difícil la situación, los controvierte en forma aislada y mezquina, con algunas citas no demostrativas de lo contrario de la pretensión, sino confirmativas de la misma, excepto en el ánimo del juzgador de segunda instancia". Haciendo énfasis sobre este punto del ataque, el impugnante razona así: "el sentido y alcance real de cada testimonio nada influyó en la sentencia acusada. Es más, insinuó o exige que cada testigo dé fe de los hechos o actos conocidos por él en un período de tiempo no inferior a 5 años". Añade que el Tribunal yerra no solamente al dejar de ver las afirmaciones claras de los testigos, sino al estimar que cada hecho o acto en común entre la vida del padre y la de sus hijos naturales debía perdurar cinco años continuos, "cuestión a todas luces errónea y arbitraria, ya que dicho lapso habrá de estimarse en conjunto, es decir, que los diferentes episodios suscitados entre padre e hijos alcancen un mínimo de 5 años en su totalidad".

Procede luego la censura a puntualizar, transcribiéndolas en lo pertinente, las declaraciones de Esteban y Margoth Motta, José Ernesto Rojas, Marcelina Garcés, Alfredo Ríos, Tomás Betancur, Ercilda Santofimio, Virginia Yaque, José Domingo Gómez, Pedro Mejía, Manuel Antonio Trujillo, José Blas Gerardino y Pablo Emilio Peralta, para concluir que "todos estos testimonios, plurales y abundantísimos, responsivos, exactos, completos y sin tacha legal alguna, confirman que durante toda la vida de Carlos Alberto y Mercedes Aros, o sea, hasta después de ser mayores de edad, época en que murió su padre, se sucedieron acontecimientos reiterados y ostensibles en donde se acredita la posesión notoria de hijos naturales del señor Manuel Freyre Núñez, ya que éste les prodigó cariño de padre desde el momento mismo en que fueron personas ante la ley, pues pagó a la señora Emilia de Victoria (folio 30 vto. C. N° 2) para que les recibiera en el parto; desde los primeros días de vida vela por la subsistencia de sus criaturas, pues aún vi-

ve amancebado con la madre de ellos, de nombre Leticia Aros; posteriormente y cuando ya se encontraban en edad escolar, les matricula en la escuela pública y a Mercedes después en la Normal Superior de Señoritas, proveyendo a todos los gastos que en general demanda la educación e inclusive pagando alimentación a particulares en vista de que el barrio de Pueblo Nuevo, en donde residían Carlos Alberto y Mercedes, queda un poco retirado del centro urbano y en donde estaban ubicados los centros escolares; Freyre siempre procura para sus hijos un mejor estar, les hace regalos de consideración como vestuario, camas y armarios; pretende igualmente, una vez formado el hijo hombre, encarrilarlo en la profesión de chofer y es así como se da a la tarea de buscar quién le enseñe el referido oficio; les recibe como hijos constantemente en la pieza o apartamento que habitaba y no desperdicia la oportunidad para reprimirlos y darles los consejos propios del padre con el fin de que sus hijos se comporten bien frente a sus congéneres, hasta el punto de que le suspende a Mercedes los estudios en la Normal de Señoritas por el hecho de encontrarse con amores o de novia, y luego, se disgusta con ella por no saber escoger su marido ya que se casó con un flojo, según sus propias palabras. En cuanto a la fama pública sobre la paternidad natural y el consecuencial estado de hijo, no deja nada qué desear, pues es el mismo Manuel Freyre Núñez quien se encarga de difundirla no sólo por el tratamiento competente de padre a hijos, sino también porque cotidianamente se trataba de compadre y comadre con los padrinos en el bautizo de Carlos Alberto y Mercedes y que personalmente se encargó de buscar o seleccionar, y los presenta habitualmente como a sus propios hijos a todas las amistades, en forma abierta; seria, sin escondites o reticencias y delante de la gente que hubiera; es tan acendrada la aludida fama que los amigos de Freyre Núñez una vez acaecido el fulminante insuceso de la muerte, lo primero que hacen es correr y dar aviso a los hijos Carlos Alberto y Mercedes Aros de Ruiz los que de inmediato se encargan de todo lo concerniente hasta colocarlo en la última morada".

IV

Consideraciones de la Corte

1. El legislador, expresa y separadamente, ha regulado los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo legítimo y los de la de hijo natural. El artículo 397 del Código Civil refiérese a aquélla y el 6º de la Ley 45 de 1936 define ésta. Los términos en que están concebidas esas dos normas autorizan inferir, sin ningún esfuerzo, que una y otra se asemejan notoriamente, pero no de tal manera que puedan confundirse, pues existen diferencias específicas que permiten fácilmente individualizarlas.

Para la posesión notoria del estado civil de hijo legítimo, la ley exige que el trato como tal provenga de los padres, en tanto que en la de hijo natural, ese tratamiento puede ser dado por el padre o por la madre, separadamente; para la primera requiere que los progenitores hayan proveído de un modo competente a la educación y establecimiento del hijo, mientras que para la segunda sólo impera que el padre o madre haya proveído a su subsistencia, educación y establecimiento, mas sin obligar que sea de modo competente; para la de legítimo, es indispensable que los padres hayan presentado a sus deudos y amigos, como hijo legítimo, a quien tratan como tal, circunstancias que no es menester para que se consolide la posesión del hijo natural, ya que para la configuración de ésta no es necesaria tal presentación. Tanto en una como en otra posesión, empero, la ley manda demostrar que, a virtud del tratamiento dicho, sus deudos y amigos o el vecindario de su domicilio, en general, hayan reputado y reconocido como hijo legítimo o natural, a quien invoca la posesión notoria de ese estado.

2. Dimana de lo anterior que el legislador, conociendo la diferente actitud que, en general, asumen los padres frente a sus hijos por razón de ser legítimos o naturales, no requiera para configurar la posesión notoria de éstos, como sí lo hizo relativamente a aquéllos, que el padre o madre natural tenga también que haberlos presentado como tales a sus deudos y amigos. El legislador ha considerado que esa situación

sólo puede exigirse en tratándose de hijos legítimos, seguramente con fundamento en que los padres casados entre sí, no tienen razón, alguna para ocultar o disimular el vínculo que se tiende entre ellos y su prole legítima. Mas como no sucede lo mismo cuando los padres no son cónyuges entre sí, la ley encontró gran severidad exigir esa presentación de los hijos naturales a deudos y amigos, pues la experiencia enseña que tal presentación únicamente ocurre en contados casos, en situaciones excepcionales, prácticamente sólo cuando el progenitor ha hecho totalmente pública la existencia del vínculo paterno-filial y ha querido aceptar expresamente, aunque esa forma no sea solemne, que él es el padre natural de quien presenta como hijo.

3. Aunque tal forma de confesar la paternidad sobre el descendiente natural no tenga poder autónomo para generar, por reconocimiento, la condición de natural del hijo así presentado, pues las formas de reconocimiento son todas solemnes y, además, taxativas, como lo impera el artículo 1º de la Ley 75 de 1968 que en el punto subrogó el 2º de la 45 de 1936, sin embargo la ley expresamente concede importantes efectos al episodio consistente en que el padre, por actos positivos suyos, cual es el de presentar al hijo como propio, haya acogido a éste en tal calidad. Acontece así cuando la ley concede al demandado en acción de investigación de la paternidad natural, la facultad de enervar la presunción de ser el padre, acreditando la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que debió tener lugar la concepción, excepto en el caso de que, por actos positivos suyos, hubiera acogido al hijo como suyo. Encuentra la ley, entonces, tan fuerte, tan expresivo y tan persuasivo, tan indicador de paternidad el hecho de que el progenitor, por actos positivos, haya acogido al hijo como suyo, que no le permite desligarse del vínculo que tal situación crea, ni siquiera probando que no pudo ser el padre, cual ocurriría en el evento de acreditar imposibilidad física para haber engendrado al demandante (inciso 3º del numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968).

Conduce todo lo anterior a la conclusión de que la prueba demostrativa de que quien

se pretende hijo fue presentado siempre por su padre natural, como tal, a deudos, amigos y vecinos, fortifica la convicción que se deriva de que también proveyó a su subsistencia, educación y establecimiento en los términos del artículo 6º de la Ley 45 de 1936.

4. Y como la posesión notoria del estado de hijo natural es en muchas ocasiones el medio único que tienen los interesados para demostrar la paternidad demandada, la jurisprudencia de la Corte ha enseñado que no puede extremarse el rigor para analizar las pruebas aportadas para acreditarla, siempre que del conjunto de ellas emerja diáfananamente, se establezca de un modo irrefragable, que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre a virtud de aquel tratamiento.

5. No es jurídico exigir que cada uno de los testigos se refieran siempre a actos posesorios que hayan durado por más de 5 años, pues, en el punto, basta que sumados los períodos menores a que aquéllos digan relación, el total comprenda lapso mayor y continuo de 5 años. Tampoco se exige que los testimonios fidedignos expresen explícitamente que la duración de la posesión fue mayor de 5 años, pues es suficiente que de ellos surjan datos ciertos que permitan llegar, aunque sea por la vía de la inferencia, a la conclusión de que la posesión se prolongó por más del quinquenio. Del mismo modo, no se requiere, en todos los casos, que la prueba demuestre que el demandado ha atendido a la subsistencia, a la educación y al establecimiento del hijo, pues es claro que, por ejemplo, al cumplir 5 años de edad el hijo que desde su nacimiento haya sido asistido por su padre, puede ejercitar la acción de investigación con apoyo en la existencia de hechos constitutivos de posesión notoria, aunque aún no se haya iniciado su etapa escolar y menos la de su establecimiento. Basta en el particular que el padre, según las circunstancias, no haya eludido la satisfacción de esos primordiales deberes y, antes bien, los haya prestado en

la medida de sus fuerzas y dentro de las condiciones especiales que cada caso pueda ostentar, de tal manera que sirvan para fundar en el ánimo del fallador la convicción sólida, como lo ha dicho la Corte, de que el vínculo unitivo de tales personas no puede ser otro que el de la paternidad o la filiación. Y sobre la notoriedad de la posesión, la doctrina jurisprudencial tiene sentido que "basta que los hechos se exterioricen ante un conjunto de personas por signos inequívocos, para que la filiación, por dejar de ser oculta, se haga notoria y prospere la inferencia de que así como ese grupo de personas tuvo al demandante como hijo de tal padre, no había secreto para todo el vecindario, aunque otros no se preocuparan de averiguarlo o de saberlo, o prefirieran ignorar todas esas cosas". (G. J. CVI, 140).

6. En la especie de esta litis, el Tribunal encontró que estaban probados todos los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijos naturales de los demandantes frente a Manuel Freyre Núñez, pero sostuvo que no podía hacerse tal declaración por cuanto faltaba la prueba de que esos hechos hubieran perdurado por más de cinco años continuos, como lo exige el artículo 6º de la Ley 75 de 1968 para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba de dicho estado.

7. El fallador, al no ver que de la abundante prueba surgía la demostración plena de que los hechos de la posesión notoria duraron por más de un quinquenio ininterrumpido, cometió error evidente de hecho, pues aunque solo dos testigos hablan de tiempo determinado, los episodios que narran todos dan pie para concluir, sin márgenes de duda, que Manuel Freyre, desde cuando nacieron los demandantes hasta cuando él murió, les dio posesión notoria de hijos naturales suyos.

De las declaraciones de Esteban y Margoth Motta, José Ernesto Rojas, Marcelina Garcés, Alfredo Ríos, Tomás Betancur, Ercilda Santofimio, Virginia Yaque, José Domingo Gómez, Pedro Mejía, Manuel Trujillo, José Blas Gerardino y Pablo Emilio Peralta, estudiadas en conjunto, no sólo como implícitamente lo ha ordenado el artículo 399 del Código Civil para el caso específico de pruebas enderezadas a com-

probar posesión notoria, sino como lo ordena hoy, para todos los casos, el artículo 187 del actual Código de Procedimiento Civil, se llega a la convicción de que Manuel Freyre para atender el nacimiento de los demandantes buscó la partera y luego, para bautizarlos en el seno de la Iglesia Católica, él mismo eligió a los padrinos (Esteban y Margoth Motta); desde un principio, por la suma pobreza de la madre, atendió los gastos de alimentación de sus hijos, no sólo directamente, sino prestándolos a través de las personas que en el área urbana del municipio de Gigante estaban dedicadas al suministro de alimentación para terceros; cuando estuvieron en edad escolar, atendió, unas veces directamente, y, en otras, por intermedio de terceras personas, a los gastos de suministro de los útiles requeridos para el estudio; pagó siempre el vestuario de sus hijos; no sólo contaba a sus allegados y amigos que Mercedes y Carlos Alberto Aros eran sus hijos habidos en Leticia Aros y los trataba públicamente como a tales, sino que durante toda su vida no tuvo empacho en presentarlos así, no en privado sino de manera pública, a sus vecinos y amigos, ya que no tenía parientes expresando sin velos que él era su padre.

Entonces, si los demandantes nacieron en 1943 y 1944, respectivamente, y si el presunto padre falleció en 1968, hechos en que no existe desacuerdo entre la sentencia y la censura y que plenamente aparecen acreditados con las respectivas actas, y si el trato público y la fama de hijos naturales se prolongó desde el nacimiento de los Aros hasta la muerte de Freyre, menester es concluir con evidencia que los hechos constitutivos de posesión notoria se extendieron por más de cinco años, con lo cual brilla al ojo que el Tribunal cometió error de hecho al no ver que, por cuanto los testimonios analizados y apreciados en conjunto, se refieren a un trato paternal que se prolongó desde el nacimiento de los hijos hasta la muerte del progenitor, lapso que comprende un término mayor de cinco años, estaba satisfecho el requisito de la permanencia o temporalidad de la posesión, para que ella pudiera ser recibida, según lo exige el artículo 6º de la Ley 75 de

1968, como prueba del estado civil de hijo natural.

Por lo dicho será menester casar la sentencia recurrida y proceder al pronunciamiento de la que ha de reemplazarla.

Bases del fallo sustitutivo

Aniquilada la sentencia del Tribunal, la Corte queda colocada en la situación de juzgador de segundo grado para decidir la apelación que, contra la de primero, había introducido únicamente el municipio de Gigante. Ahora bien, como el recurso de alzada sólo fue interpuesto por esta entidad, únicamente podrá decidirse sobre las resoluciones que le sean adversas en el fallo apelado y no sobre la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Lo expuesto al despachar el cargo es base suficiente para confirmar las declaraciones hechas por el juez de primer grado, atinentes a la declaración de que los demandantes son hijos naturales de Manuel Freyre Núñez, a que, consecuencialmente "son herederos en la sucesión de éste", y a que debe comunicarse lo resuelto al respectivo funcionario encargado de llevar el registro civil para que haga las inscripciones de rigor.

Para los efectos de lo que dispone el punto segundo de su parte resolutive de la sentencia apelada, el municipio de Gigante será considerado como poseedor de buena fe.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de 1º de febrero pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, y, en su lugar, actuando como tribunal de instancia, confirma la proferida por el Juez Civil del Circuito de Garzón el 10 de agosto de 1972.

Sin costas.

Cópiase, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Alfonso Peñaléiz Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

ABUSO DEL DERECHO A LITIGAR

Límite en el embargo de bienes. — Se requiere temeridad o malicia para incurrir en responsabilidad. — Responsabilidad de las personas jurídicas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., once de octubre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación propuesto por el demandante contra la sentencia de 6 de marzo postrero, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio al desatar la segunda instancia en este proceso ordinario que Luis Enrique Páez Sierra suscitó frente a Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, sucursal de Puerto López.

I

Antecedentes

El 29 de septiembre de 1966, un mes antes de vencerse el plazo estipulado para el cumplimiento de la obligación de pagar \$ 45.900.00, con fundamento en el pagaré que en su favor habían suscrito Luis Enrique Páez, Federico Melo y Carlos F. Andrade, la citada Caja Agraria les promovió proceso de ejecución con medidas preventivas y las que consistieron en el secuestro de 210 bultos de arroz, que valían \$ 22.000.00; 650 de maíz, que tenían un valor de \$ 34.200.00; un bulldozer, avaluado en \$ 200.000.00; su remolque, justipreciado en \$ 12.000.00 y las instalaciones del campamento que fueron tasadas en \$ 30.000.00.

“Por incuria del secuestre designado, que lo fue Eliseo Silva, se perdieron, según lo afirma el recurrente, los bienes secuestrados y plantaciones de arroz por \$ 50.000.00

y de yuca y plátano por \$ 10.000.00, y además, “la mecanizada de la tierra que costó \$ 140.000.00”.

El proceso de ejecución referido fue anulado después, según afirma el demandante, “por la extemporaneidad y temeridad de la Caja” en iniciarlo, por lo cual ésta fue condenada al pago de las costas del mismo.

II

El litigio

Luis Enrique Páez Sierra, fundándose en los hechos que se dejan relatados y en que el proceder abusivo y temerario de la Caja Agraria al promover la acción ejecutiva, sin que se hubiera vencido el plazo estipulado, causó graves daños a los tres deudores, e invocando título de comunero, demandó a la citada entidad bancaria ante el Juez del Circuito de Puerto López para que se le condenase a pagar a la comunidad formada por él y por Federico Melo y Carlos F. Andrade, la suma de \$ 498.200.00, por concepto de perjuicios, “más el daño por lucro cesante”.

En el libelo se expresa que el derecho sustancial lo declaran “los artículos 2341 y siguientes del Código Civil”.

III

Desarrollo de las instancias

Con oposición de la parte demandada se adelantó la primera, que culminó con sentencia inhibitoria. Apelada ésta por el demandante, con posterior adhesión del demandado, fue revocada por la de 6 de mar-

zo último, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, que dispuso, en su lugar, la absolución de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

La parte demandante interpuso, entonces, recurso de casación.

IV

Fundamentos del fallo del ad quem

El Tribunal expresa que se impone la revocación de la providencia inhibitoria del a quo, porque estando satisfechos todos los presupuestos procesales, debe dictarse sentencia de mérito sobre "la viabilidad de las pretensiones deducidas en juicio".

Hablando de la pretensión indemnizatoria incoada, manifiesta que el demandante la deriva de dos fuentes diversas: a) De la forma negligente y arbitraria como el secuestre desempeño su cometido, y b) Del hecho de que se hubiera iniciado la ejecución con fundamento en un pagaré que no estaba vencido, lo que motivó la posterior anulación de lo actuado.

Acerca de la primera fuente dice que el demandante Páez Sierra, apoyándose en los artículos 2346 y siguientes del Código Civil, atribuye responsabilidad indirecta a la entidad demandada, como si el secuestre fuera su dependiente. Que sobre el particular deben hacerse las siguientes observaciones: 1ª Que "los bienes secuestrados y los supuestamente distraídos eran de propiedad de los tres ejecutados y no exclusivamente del demandante Páez Sierra; 2ª Que no está demostrada ni la naturaleza ni la cuantía de los perjuicios reclamados, ni aparece que los bienes secuestrados hayan sido avaluados legalmente, como se desprende de la diligencia de inspección judicial practicada dentro del proceso ejecutivo; 3ª Que las partes no responden por las actuaciones de los auxiliares de la justicia, puesto que no tienen el carácter de subordinados suyos; y 4ª Que los litigantes pueden "pedir la remoción del secuestre presentando la prueba de ineptitud, negligencia, malversación o abuso en el desempeño del cargo". De todo lo cual el fallador concluye que, por cuanto el secuestre es responsable directamente de sus pro-

prios hechos, y como no es dependiente de la entidad demandada, debe rechazarse la pretensión indemnizatoria fundada en proceder de aquél.

En seguida discurre sobre la segunda fuente y encuentra que, a pesar de que la ejecución se inició antes del vencimiento del plazo pactado, la obligación se había hecho exigible "en razón de que los deudores no habían dado cumplimiento al compromiso de invertir el préstamo en la explotación prevista", hecho que, aun antes del vencimiento del plazo convenido, permitía al acreedor, según lo consignado en el pagaré, demandar el pago. Que como no se probó que fuera falso el hecho alegado por la parte ejecutante, el cual aparece como fundamento plausible de su demanda ejecutiva, síguese que la Caja Agraria no obró temerariamente. Y luego de transcribir conceptos de un eminente tratadista nacional sobre la responsabilidad originada en el ejercicio abusivo del derecho de litigar, la cual, en su sentir, no surge simplemente porque se pierda el pleito, sino que ha menester "el uso anormal", mal intencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen las leyes rituales para el reconocimiento y la efectividad o la defensa de los derechos", concluye el ad quem que por el segundo motivo está "descartada también la actuación culposa de la Caja en el proceso ejecutivo".

Por último afirma que no están probados los perjuicios y que, en la hipótesis de que lo estuvieran, también habría que absolver a la entidad demandada, pues no se probó su culpa y "en este campo no puede sostenerse válidamente que puede haber indemnización sin culpa probada".

V

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Dos ataques se lanzan a la sentencia del Tribunal, ambos con apoyo en la causal primera.

Primer cargo

Se hace consistir en violación indirecta del artículo 2341 del Código Civil, por fal-

ta de aplicación, originada en error evidente de hecho en la apreciación de pruebas.

Dice el recurrente que la demanda inductoria del proceso se fundó en que la Caja Agraria era responsable, directamente, por abuso del derecho de litigar, al invocar como base de la exigibilidad de la obligación, que persiguió en el proceso ejecutivo, "la cláusula del pagaré en que con la sola afirmación de la Caja de que el prestatario no había hecho la inversión adecuada, se hacía exigible el pagaré"; que este hecho está probado con la copia de la demanda respectiva y con la inspección judicial practicada al proceso ejecutivo; que en la otra inspección, la practicada a la finca Los Andaquíes, se demostró que los deudores ejecutados sí habían realizado la mecanización de tierras y las siembras de arroz y maíz, todo lo cual encerraba el propósito del préstamo agrario"; que el abuso de la Caja al iniciar la acción ejecutiva queda probado con la copia de la diligencia de secuestro y con la de la inspección judicial en que los peritos avaluaron en \$ 22.000.00 el arroz recogido y en \$ 34.000.00 el maíz, con lo que había sobradamente para que la ejecutante se pagara el crédito perseguido cuyo monto era de sólo \$ 45.900.00; que con el embargo de los anteriores granos era suficiente para garantizar el pago, pero que la Caja no se contentó con ello, sino que embargó además el bulldozer, avaluado en \$ 200.000.00; el remolque, justipreciado en \$ 14.000.00 y la mecanización de 75 hectáreas, valorada en \$ 150.000.00, que como el dictamen, pericial no fue objetado, era ley del proceso, por lo cual el monto de los daños quedó regulado en \$ 475.000.00, como se ve en la inspección judicial, cuya acta obra a folios 17 vuelto.

De todo lo anterior concluye el censor que la Caja Agraria abusó notoriamente del derecho de litigar, pues no obstante "haber recibido el pago de la obligación, no solicitó el desembargo y levantamiento del secuestro de bienes, tal como aparece probado en la inspección judicial al proceso ejecutivo, donde el funcionario no halló esa providencia", por lo cual "la sentencia acusada dio al traste con la situación fáctica procesal no viendo las pruebas, no dándoles el verdadero alcance que conte-

nían, para caer en otro error que se analizará en otro cargo. En resumen la sentencia incurrió en error de hecho, con la evidencia que se ha comentado".

Y luego de transcribir sentencia de la Corte sobre el abuso del derecho como fuente de responsabilidad civil, la censura expresa que ésta surge cuando el derecho se ejerce contrariamente a sus fines económicos y sociales, como cuando para asegurar el pago de una obligación, secuéstranse bienes por valor diez veces superior a ésta; que tal es lo acaecido con la Caja Agraria, cuya "acción fue causa para que un secuestre irresponsable acabe con el patrimonio de los demandados, luego de pagarse la Caja por derechas el crédito adeudado. Una acción abusiva dio origen a otra peor del secuestre, cuya causa última es en resumidas cuentas de la Caja Agraria".

Termina la impugnación aseverando que el fallador erró de hecho al no ver el dictamen que fija los perjuicios en \$ 475.000.00, obrante a folios 17, y al dejar de ver que la diligencia de secuestro es prueba de que sí se hizo la adecuada inversión de los dineros prestados, con lo cual se "demuestra en el fondo no la carencia de análisis de pruebas sino la carencia de lectura del proceso".

La Corte considera

1. Con las excepciones legales, el acreedor de obligación personal tiene derecho a perseguir su ejecución sobre la totalidad de los bienes raíces o muebles de su deudor, como lo declara el artículo 2488 del Código Civil. Este derecho subietivo, empero, no es absoluto de tal manera que su titular pudiera, haciendo uso de él, causar daño injustificado a su deudor, inmovilizando o rematando, sin necesidad, la totalidad de sus bienes, aunque legalmente sobre ellos exista prenda general. Tal la razón para que el artículo 2492 siguiente, prescriba que el derecho del acreedor para que se vendan bienes del obligado, se limite a lo meramente indispensable para satisfacerle su crédito, incluso los intereses y los costos de la cobranza. "Hasta concurrencia" de estas sumas estatuye el precepto citado.

2. Desborda, pues, el límite de su derecho, quien conociendo lo que se le adeuda por capital e intereses y pudiendo calcular los costos de la cobranza, para garantizar el pago de estas sumas embarga bienes de su deudor en cuantía diez veces superior al monto de aquéllas, y el que, pudiendo, no destraba los bienes que ninguna garantía prestan para la efectividad de la obligación perseguida, porque, en tal caso, es abusivo el ejercicio de la facultad que al acreedor concede la ley para lograr la tutela del Estado, con el fin de que su obligación insatisfecha se le pague con el producto de la subasta de bienes del obligado.

3. El artículo 2341 del Código Civil consagra el principio de que todo perjuicio causado por dolo o culpa, obliga a su autor a la cabal indemnización. No se exige una determinada culpa para que surja la obligación de resarcimiento. Es suficiente una culpa sin calificación, una culpa cualquiera, desde luego que no es indispensable que el autor del daño haya actuado con intención positiva de inferirlo o que se requiera, específicamente, que se le declare reo de una determinada clase de culpa.

Y como el derecho de cada cual va hasta donde empieza el de su prójimo, resulta evidente que cuando su ejercicio traspasa este límite, tal actividad puede implicar un claro abuso del derecho, que si se origina en proceder culposo de su titular, compromete la responsabilidad personal de éste si causa daño a terceros. Quien actúa así, no puede liberarse entonces del deber de indemnizar perjuicios, afirmando: feci, sed jure feci, pues en principio, los derechos subjetivos no pueden ejercitarse en ámbitos que no estén tutelados por un interés serio y legítimo. Cuando su ejercicio se sale de esta esfera, el titular de la facultad deja de obrar conforme al derecho y su actuar se torna típico abuso del mismo; tal el motivo para que, con razón, hayan dicho los Mazeaud que no se nos han conferido nuestros derechos para que los ejerzamos con un fin puramente egoísta, sin tener en cuenta el influjo que pueda tener su ejercicio sobre nuestros semejantes, y que el interés social debe tener un sitio junto al interés individual del titular del derecho ejercido.

4. Ahora bien, como no son los mismos los elementos de la responsabilidad por abuso de un derecho subjetivo o por el del empleo de vías de derecho, necesario será advertir que, acogiendo en el punto lo que la doctrina francesa sostiene sobre el abuso de estas últimas vías, el nuevo Código de Procedimiento Civil (Arts. 71, 72, 73 y 74), para deducir responsabilidad a los terceros intervinientes, a las partes o a sus apoderados por los perjuicios que, con sus actuaciones procesales, causen a su adversario o a terceros, exige expresamente que esos actos sean fruto de la temeridad o de la mala fe.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial de la Corte sobre el abuso del derecho, no sufre modificaciones relativamente a que el titular de un derecho subjetivo, cuando abusa en su ejercicio, no ya en las vías de derecho que utiliza para alcanzar su efectividad, compromete su responsabilidad personal si, por cualquier especie de culpa, con tal proceder causa daño. Y existe culpa, entonces, siempre que el titular del derecho haya obrado como no hubiera obrado un individuo diligente y juicioso, situado en las mismas circunstancias externas que el autor de la culpa.

5. En resumen, quien cometa abuso en la elección de las vías de derecho, es decir, en sus actuaciones procesales, también debe indemnizar el daño que cause, mas sólo cuando su proceder haya sido temerario o malicioso. Y, en cambio, quien es reo del mismo abuso, mas no ya por la elección de vías de derecho, se hace responsable, en principio, siempre que en su actuar haya obrado culposamente, a pesar de que su proceder no pueda calificarse como temerario o malintencionado.

6. Ahora bien, como la responsabilidad civil por abuso de derechos subjetivos, generalmente en nada se separa de los lineamientos principales de la culpa aquiliana, o de la contractual, en su caso, síguese que al demandante no le basta con acreditar la existencia de ese abuso con la calidad de culposo, sino que es menester que demuestre el daño que haya padecido y la relación de causalidad entre éste y la culpa alegada. El abuso del derecho, pues, como especie de responsabilidad civil, sólo puede ser fuente de indemnización cuando

se prueba que existen los tres elementos clásicos de ella: culpa, daño y relación de causa a efecto entre aquélla y éste.

7. Frente a la anterior doctrina y descendiendo al caso litigado en este proceso, tenemos que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio rechazó las peticiones de la demanda, no por cuanto negara que el abuso del derecho es fuente de responsabilidad civil, sino por las siguientes razones, cada una de las cuales encontró suficiente asidero para respaldar su fallo absolutorio:

a) Porque “los bienes secuestrados y los supuestamente distraídos eran de propiedad de los tres ejecutados y no exclusivamente del demandante Páez Sierra”;

b) Porque “no se demostró ni la naturaleza ni la cuantía de los perjuicios reclamados, ni aparece que los bienes secuestrados hayan sido avaluados legalmente, como se desprende de la diligencia de inspección judicial practicada dentro del proceso ejecutivo”;

c) Porque “las partes no responden por las actuaciones de los auxiliares de la justicia”, puesto que no tienen el carácter de subordinados suyos;

d) Porque los demandantes en este proceso, que fueron los ejecutados en el que les promovió la Caja Agraria, podían, en su calidad de partes, haber pedido dentro del proceso ejecutivo “la remoción del secuestre, presentando la prueba de su ineptitud, negligencia, malversación o abuso en el desempeño del cargo”;

e) Porque en el caso de haberse producido el daño cuya indemnización se demanda, como se originó en hechos imputables al secuestre, éste sería el responsable directo y no la Caja, como quiera que aquél no es dependiente de ésta;

f) Porque la Caja Agraria, como beneficiara del pagaré que en su favor suscribieron los ejecutados, y según consta en el cuerpo de ese instrumento, tenía facultad para dar por vencido el plazo acordado y exigir inmediatamente el pago de la obligación si los deudores “no invertían el producto del préstamo en la explotación prevista”, por lo cual podía, sin incurrir en responsabilidad, adelantar la ejecución antes de vencerse realmente ese plazo, mas si se considera que no hay prueba de que

fuera falso el hecho que alegó para darlo por vencido;

g) Porque la Caja, por último, no obró temerariamente ni al demandar a sus deudores dichos, ni al solicitar el embargo de bienes, por lo cual no se probó su culpa.

8. Como cada conclusión de éstas es soporte autónomo del fallo, pues cada una, independientemente de las otras, sirvió para absolver a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, síguese que el ataque contenido en el cargo que se despacha, para ser eficaz, tendría que destruir todas esas conclusiones, pues con una sola que permanezca ilesa, la sentencia recurrida encontraría en ella su sólido soporte.

Pues bien, de la lectura del cargo emerge que el impugnante no movió su ataque contra las conclusiones distinguidas con las letras a), c), d), e) y g), razón por la cual, aun en el caso hipotético de que la censura fuera fundada, resultaría ineficaz para generar la casación del fallo, el cual seguiría apoyado en los otros soportes que no fueron materia del ataque.

Por lo dicho se rechaza esta primera censura.

Cargo segundo

Fúndase en que el Tribunal interpretó erróneamente la demanda inicial de este proceso, a consecuencia de lo cual aplicó indebidamente el artículo 2346 del Código Civil y los siguientes.

Desenvolviendo su ataque, expresa el censor que la pretensión deducida en la demanda fue la de indemnización de perjuicios por responsabilidad directa de la Caja Agraria, con base en haber abusado de litigar y no la indirecta de que trata el artículo 2346 citado, el cual no contempla la situación de *facto* planteada en el libelo demandador, por lo cual el Tribunal cometió “error de derecho al aplicar una norma a una situación fáctica procesal que no la respalda”. Que tal vez lo que quiso citar el Tribunal fue el artículo 2347 siguiente. Que la demanda, con estribo en el 2341 *ibidem*, tiende a obtener la indemnización de perjuicios por actos ejecutados por la Caja, y no por el secuestre; que la responsabilidad es pues la directa. Que “este error en la interpretación de la de-

manda lo llevó a aplicar el artículo 2346 y los siguientes del Código Civil, erróneamente, para absolver, cuando debió aplicar el que consagra el ejercicio abusivo del derecho de litigar". Que, por último, los daños causados por el secuestre "no son más que una secuela funesta del ejercicio abusivo de la Caja Agraria", pues la raíz del mal está en el proceder de ésta, como quiera que, aunque al demandar ejecutivamente ningún derecho quebrantó, al "ejercer ese derecho se desvió del ejercicio del mismo en grado que constituyó un abuso tremendo, visible a simple vista por una persona desprevenida".

La Corte considera

1. Tanto el quebranto de norma de derecho sustancial por el concepto de aplicación indebida, como por el de interpretación errónea, (conceptos que por ser antagónicos no pueden predicarse de una misma norma simultáneamente), presuponen que el sentenciador, para la decisión del litigio, haya hecho actuar la norma cuya infracción se denuncia. En efecto, para que pueda afirmarse que un determinado precepto fue indebidamente aplicado, menester es que la sentencia recurrida lo haya utilizado para dirimir el conflicto sometido a composición, no siendo el pertinente; y para que exista la errónea interpretación, necesario es también que la norma haya sido aplicada para la solución de la controversia, mas dándole un sentido o alcance que no tiene. En uno y otro caso, es decir, cuando se denuncia aplicación indebida o errada interpretación, si el precepto de derecho sustancial que se dice violado, no se hizo actuar, entonces su quebranto sólo puede alegarse con fundamento en falta de aplicación del mismo, mas no en indebida aplicación o interpretación errónea.

Pues bien, si según el discurrir del Tribunal, plasmado en la sentencia recurrida, no podía aplicarse al caso el artículo 2346 precitado, por cuanto el secuestre no era subordinado de la entidad demandada, brota de lo anterior como obligada conclusión, que como el ad quem no hizo actuar el artículo 2346 para la solución de este litigio, mal pudo infringirlo por aplicación

indebida o por errónea interpretación, conceptos de quebranto que para que se den, requieren inexcusablemente que haya sido aplicada la norma cuya transgresión se denuncia.

Por lo anterior, este segundo cargo es vano.

2. Cumpliendo su función de unificar la jurisprudencia nacional, la Corte, en virtud de algunos conceptos del Tribunal, se ve precisada a rectificarlo en el sentido de que la doctrina de esta Corporación, desde su fallo de 30 de junio de 1962, es la siguiente en punto a responsabilidad de las personas jurídicas:

"Con base en lo estatuido en el título 34 del libro 4º del Código Civil, nunca se ha discutido la responsabilidad autónoma de las personas físicas o naturales, proveniente de un delito o culpa que ha inferido daño a otro. La obligación de indemnizar es clara, y ella compete no sólo al autor del daño, con excepción de los menores de 10 años y los dementes (Art. 2346 ibídem), sino también a las personas físicas que deban responder de la conducta del dicho autor.

"La discusión radicó en determinar si las personas jurídicas, y en especial las de derecho público, eran responsables por los hechos de sus subordinados o agentes; en atención a que el citado título 34 parecía no comprenderlas.

"Los distintos pasos que dio la Corte, iniciados en el pasado siglo, en orden a afirmar la responsabilidad de las personas jurídicas, ya de derecho privado, ya de derecho público, por los delitos o culpas de sus agentes en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, están compendios en las dos sentencias uniformes, pronunciadas el 20 de junio de 1962, una por la Sala de Casación Civil y la otra por la de Negocios Generales. Tales pasos se pueden resumir así:

"A. Cuando el dogma de la irresponsabilidad del Estado, reverbación del concepto que en el siglo XIX se tuvo de la soberanía, fue cediendo al influjo de la moral llamada a participar en las relaciones del poder público con los miembros de la comunidad, se interpretó que eran aplicables a las personas jurídicas privadas primero, y luego a las de derecho público, las

normas que les eran atinentes del Código Civil respecto a culpa aquiliana. Se derivó, entonces, con fundamento en los artículos 2347 y 2349, una responsabilidad indirecta de las personas morales, basada en el deber de diligencia que tienen en la elección y en la vigilancia de sus subordinados o agentes. Se hizo una clara distinción, desde entonces, entre la falta del empleado o agente, regulada por el artículo 2341 del Código Civil, que le genera una responsabilidad directa, y la de la persona jurídica, regulada por los artículos 2347 y 2349 *ibídem*, por faltas "in eligendo" o "in vigilando" a su dependiente que le genera una responsabilidad indirecta. La culpa personal del empleado repercutía en la persona moral que lo había tomado a su servicio. Tal fue la posición de la Corte desde fines del siglo último.

"Nunca se puso en duda la responsabilidad personal del autor del daño frente a la víctima, y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 2344, se dedujo que responden solidariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor, con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último.

"B. A partir de la sentencia de 21 de agosto de 1939, se inició la revaluación de la tesis de la responsabilidad indirecta y el problema fue desplazado hacia una responsabilidad directa, solución que tomó apoyo en la disposición del artículo 2341 del Código Civil y que partió de la tesis de que la culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata o directa a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que éstos sean, es su propia culpa. En esta elaboración jurisprudencial, la tesis de la responsabilidad directa sufrió dos modificaciones importantes, la una, con la tesis llamada organicista, que hizo la distinción entre la culpa de los directores y representantes de la persona jurídica, es decir, de sus órganos, que son los depositarios de la voluntad de aquélla, culpa que determina la responsabilidad directa del ente colectivo, y la culpa de los auxiliares o dependientes, que ni dirigen ni representan a la persona moral, por lo cual la responsabi-

lidad de ésta es indirecta. La otra modificación, que mira sólo a las personas jurídicas de derecho público, se operó con el acogimiento de la tesis de las fallas del servicio público, originada en el deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos y en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de éstos debe ser satisfecho por la administración; no juega, pues, necesariamente, el concepto de culpa de un agente identificado o determinado, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima.

"Ninguna de estas tesis puso en duda que los actos u omisiones dañosos del agente, por fuera de sus funciones como tal o fuera del servicio público, generan responsabilidad exclusiva del mismo, y que si el daño se produce por el hecho de un determinado agente en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la administración y el agente responden solidariamente al damnificado, con acción de reembolso a favor de aquélla.

"A partir de los dos fallos citados de 30 de junio de 1962, la jurisprudencia se ha definido, en el campo de la administración pública, por la tesis de "las fallas del servicio", fundada en el artículo 2341 del Código Civil, base de la responsabilidad extracontractual directa.

"La persona natural que, por su delito o por su culpa, ha causado un daño a otro, es obligada a resarcirlo, y no puede redimirse de responsabilidad amparándose en que es funcionario del Estado y que "en ejercicio de su cargo o con ocasión del mismo" lo cometió. Cuando el autor del perjuicio es un agente de una entidad de derecho público o privado, no existe un desplazamiento de su responsabilidad hacia la persona jurídica, sino una ampliación o extensión de esa responsabilidad, como sé vio. En ese caso, tanto la persona natural como la jurídica responden del daño causado con el delito o la culpa. Se establece entre ellas una solidaridad legal, erigida en beneficio exclusivo de la víctima, que, en consecuencia, puede demandar la totalidad de la indemnización de la persona natural

o de la jurídica, o de ambas conjuntamente, a su elección.

“Quien demanda a una persona física autora de un delito o culpa que le ha inferido daño, no está obligado a demostrar que el demandado sea o no funcionario público, ni tiene que comprobar que el acto u omisión de éste se realizó en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, o por fuera de este ámbito, pues, en todos los casos, el autor debe responder por su obrar. Que también se pueda demandar a la persona moral, es otra cosa; la víctima tiene entonces, la facultad de elegir: si quiere, demanda a la persona moral, o conjuntamente a ésta y a la persona natural que es su agente; mas, si es su deseo, también puede demandar exclusivamente al funcionario, persona física, autor del daño, pues en virtud del precepto contenido en el artículo 2341, éste responde de sus propios actos, sea que los ejecute en su esfera personal o en ejercicio o con ocasión de las funciones de agente de una persona moral de derecho privado o público. (G. J. CXXXIV, 200).

VI

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 6 de marzo del año en curso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en este proceso ordinario suscitado por Luis Enrique Páez contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, sucursal de Puerto López.

Sin costas en el recurso de casación porque la demanda dio lugar a rectificación doctrinaria.

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

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS

El matrimonio legítimo genera ope legis sociedad conyugal; la vida en común de los amancebados no genera per se ni comunidad de bienes, ni sociedad de hecho; para que exista se requiere pacto expreso o hechos que la constituyan.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., diez y ocho de octubre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación interpuesto por Ana Rita Hurtado contra la sentencia de 8 de abril de 1972, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este proceso ordinario que aquélla promovió contra los herederos de Luis Ramírez Alvarez.

I

El litigio

1. Ana Rita Hurtado demandó por la vía ordinaria a Amador de Jesús, Esteban de Jesús, Francisco, Mariana, María de Jesús y Teresa de Jesús Ramírez Alvarez; Teresa de Jesús y María Elena Guevara; Ana Luisa, Víctor, Julio César y Augusto Ramírez o Hurtado y Sonia del Socorro Jaramillo R., “como representantes de la sucesión del señor Luis Ramírez Alvarez”, para que se hiciesen las siguientes declaraciones: que entre Luis Ramírez Alvarez y ella “existió una sociedad de hecho destinada a la consecución o adquisición de bienes comunes, a su administración, manejo, mejoramiento y conservación”, durante el tiempo en que vivieron en concubinato público; que “en consecuencia, pertenecen a esa sociedad de hecho los bienes” que por su situación y linderos se singularizan en el hecho duodécimo de la demanda y “los

demás que se demuestren haber sido adquiridos con el trabajo de ambos”; y, por último, que por muerte de Ramírez Alvarez, se disolvió la sociedad, por lo cual ésta debe liquidarse.

2. Como hechos fundamentales de las pretensiones se alegaron los siguientes:

Que, aproximadamente, desde 1928 hasta su muerte acaecida el 4 de diciembre de 1968, Luis Ramírez Alvarez hizo vida marital con Ana Rita Hurtado, lapso en el cual procrearon cuatro (4) hijos llamados Ana Luisa, Víctor, Julio César y Augusto Hurtado Ramírez, a quienes su padre reconoció como hijos naturales mediante escritura 2072 otorgada el 11 de septiembre de 1961 en la Notaría 1ª de Manizales; que al morir, el concubinario dejó “como herederos suyos” a sus 6 hermanos legítimos, a dos sobrinas en representación de una hermana y a sus dichos 4 hijos naturales; que durante el tiempo en que vivieron juntos, existió “una comunidad habitacional” y tuvieron “relaciones estables y duraderas durante las cuales el cónyuge (sic) Ramírez A. proveyó a todas las necesidades de su hogar, primero con su compañera y después con los hijos habidos en ella...; que mientras estuvieron unidos los cónyuges (sic) se guardaron fidelidad y observaron ambos buena conducta familiar”; que “con la colaboración y ayuda constante y cotidiana de su compañera Ana Rita Hurtado, desde el momento en que iniciaron los concubinos sus relaciones, se inició una era de prosperidad a base de trabajo, de ahorro de ambos, terminando por adquirir algunos bienes de fortuna cuyos títulos radican en cabeza de Ramírez Alvarez, quien era

el que figuraba en los negocios por la natural tendencia a considerar que sólo el hombre es apto para desarrollarla”.

3. Culminó la tramitación de la primera instancia con fallo proferido el 18 de septiembre de 1971 por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Manizales, por medio del cual se absolvió a los demandados. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, al desatar la apelación que, contra el de primer grado, interpuso la demandante, lo confirmó por medio del suyo calendado el 3 de abril de 1972. Entonces, la misma parte interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

III

La motivación del Tribunal

Después de extensas consideraciones doctrinarias sobre la cuestión sub iudice y de hacer brillantes comentarios sobre la sociedad de hecho entre concubinos, acomete al estudio de la prueba testimonial aducida por la demandante para demostrar la que entre ella y Luis Ramírez existió, y de ese examen saca las siguientes conclusiones: que los testimonios de Joaquín Gaviria, Gerardo López y Evelio Sossa deben descartarse “porque nada saben con respecto a lo que es materia del litigio”; que los testimonios de Moisés Salgado y Benjamín Orozco no merecen credibilidad alguna, por cuanto constituyen fiel reproducción del interrogatorio que se les formuló, lo que también acaece con la declaración de Alonso o Alfonso Mejía M., quien además, incurre en contradicciones; que el dicho de Luis Eduardo Salazar G. es sospechoso y, por tanto, debe ser descartado ya que la manera como narró los hechos en las dos declaraciones que rindió en el proceso, demuestra su “deficiente capacidad memorativa lo que le sustrae a toda eficacia probatoria”; que debe descartarse también la declaración de Antonio Morales, por tratarse de un testigo de oídas, es decir, que no presenció los hechos que relata; que lo expuesto por José Giraldo tampoco merece credibilidad, por ser contradictorio y demasiado vago, ya que “si con él estuviérase expresando alguna idea, ella no sería otra que la de la dependencia de

Ana Rita hacia Luis, lo cual tiene lógico asidero en haberse dicho, primero que la demandante trabajaba ‘como una sirvienta’ y, luego, que hacía ‘el oficio de una sirvienta en casa’. Esto no es lenguaje figurado. En tal declaración, pues... tampoco puede asentarse la prueba de la sociedad de hecho”.

Al estudiar la declaración de Manuel Antonio Loaiza, el ad quem afirma que, como en ella se expresa que “la señora Hurtado hacía empanadas y tamales y ella misma los vendía”, sólo puede deducirse, por tratarse de una actividad desempeñada únicamente por la mujer, que ello no es indicativo de gestión social, en razón de que el testigo no expresa a cuál actividad de las desplegadas por el concubinario estuviera conectada. El Tribunal dice, en este punto: “Manifestar que tenía ‘un negocio’ administrado por Ana Rita no conduce a ninguna parte, pues, de un lado, no se determina en qué consistía ese ‘negocito’, y de otro, hay oposición con la posterior manifestación de no haber visto nunca el testigo trabajando materialmente a Ana Rita. En fin, no es demostrativo de la existencia de la sociedad de hecho el afirmar que cuando Luis y Ana Rita se juntaron a vivir, empezaron también a conseguir bienes, ya que no se hace referencia a las actividades conjuntas desarrolladas al efecto por los concubinos, lo cual, por lo dicho, no puede verse en este ‘negocito’ de que el testigo habla, como tampoco puede hallarse en la venta de comestibles, puesto que ésta, según el entender del declarante, era meramente actividad de doña Rita. En fin, si el testigo no la vio trabajando materialmente, ¿de dónde saca que hacía empanadas, etc?” Acerca del testimonio de Arcesio Tamayo dice el sentenciador que la circunstancia de que Luis Ramírez hubiera acrecentado su patrimonio mientras estuvo viviendo con la recurrente, no denota que entre ambos existiera sociedad de hecho, puesto que la que se forma entre concubinos, es diametralmente diferente a la sociedad conyugal. “Ahora, si se habla de colaboración en los negocios de Ramírez ha debido precisarse en qué consistía esa colaboración. Decir que esta colaboración se patentizaba cuando don Luis se emborrachaba, como que ella tenía que

estar al tanto de todos los negocios, es tratar de ver 'el animus societatis' donde no existe, porque si ella lo reemplazaba no había administración compartida ni simultánea sino que el poder de dirección correspondía exclusivamente a Ramírez". Que, por lo mismo, se rechaza la declaración sobre los testimonios de Misael Amaya, Luis Alfonso Giraldo, Francisco Castro, Juan Evangelista Muñoz, Carlos Emilio Loaiza y Emiliano Duque O. Observa el Tribunal que todos ellos coinciden en los siguientes puntos: "a) Que Luis Ramírez consiguió la mayor parte de sus bienes mientras vivió con Ana Rita Hurtado; b) Que Ana Rita colaboró con Luis Ramírez en la administración de los bienes o de los negocios. Al concretar esa colaboración, señalan las siguientes actividades como ejecutadas por la demandante: hacer de comer a los trabajadores y entenderse con ellos; revolver y secar el café; hacer empanadas y tamales para vender en una tienda que había en los bajos de la casa, ordeñar el ganado, criar y engordar gallinas y cerdos. Por último, los declarantes dicen que los bienes dejados por Luis Ramírez al morir fueron el fruto del trabajo de ambos".

Luego acomete el ad quem el estudio de los elementos de la sociedad de facto y expresa que para que se estructure ésta, "es indispensable que concurren: 1. La producción metódica, en forma paralela y simultánea, de hechos de explotación común, orientados a la obtención y repartición de beneficios, y 2. La ejecución igualitaria de esa acción, vale decir que no haya dependencia del uno respecto del otro. Es natural, advierte, que los actos pueden ser diversos, pero han de estar todos comprendidos dentro de la esfera del objeto social. La colaboración armónica e igualitaria hace surgir, en el hecho, la 'affectio societatis', elementos indispensables para personificar la sociedad. Las testimonios que se dejan resumidas se concretan a mencionar y a describir el trabajo desarrollado por la señora Hurtado. Pero desde que se habla de sociedad hay que probar el trabajo o el aporte, genéricamente hablando, del otro presunto socio y acaece que ninguno de los deponentes informa cuál fuera la gestión paralela y simultánea a la de la señora Hurtado, cumplida por el señor Ramírez

Alvarez en orden a lograr un objetivo social". Que, además, no se demostró que Ramírez Alvarez "adquiriera —vale decir aportara— bienes inmuebles para la sociedad. Ni se diga, en fin, que la actividad paralela y simultánea hay que desprenderla de la explotación común de la tienda que funcionaba en los bajos de la casa, porque entonces habría que tener presente lo que narra Luis Alfonso Giraldo, quien dice que el dinero de la cantina lo cogía don Luis, lo que vendría a indicar que era a éste solamente a quien le correspondía la dirección de los negocios y que en esa dirección no participaba la presunta socia".

Para terminar dice el Tribunal: "En conclusión, si se comprobó que doña Ana Rita hacía también tamales y empanadas, revolvía café, y hacía de comer a los trabajadores, etc., y si falta la prueba de la presunta gestión social del concubino (sic), se tiene que aquélla desempeñaba las labores propias de ama de casa y, de todas maneras, lo que hace alguien que se halla bajo la dependencia de otro".

III

La demanda de casación

Contiene un solo cargo que fúndase en "falta de aplicación de los artículos 2079, 2081, 2083, 2141 del Código Civil, y del 475 del Código de Comercio Terrestre vigente para el caso", por error evidente de hecho en la apreciación de la prueba de testigos.

En oposición a lo que afirma el Tribunal de no haber encontrado la prueba "de la actividad paralela y simultánea de los socios encaminadas a un objetivo social y en pie de igualdad", el recurrente expresa que un primer grupo de testigos sí lo acredita ampliamente. Así aparece —dice— de lo declarado por Misael Amaya, Luis Alfonso Giraldo, Francisco Castro, Juan Evangelista Muñoz, Carlos Emilio Loaiza Castaño y Emiliano Duque Ospina, pues según ellos, "los bienes que fueron adquiridos con las utilidades provenientes del trabajo sostenido, conjunto o paralelo de ambos, tiene el carácter de haber social, está representado en dinero, muebles e inmuebles"; que, en el presente caso "la totalidad de ese patri-

monio lo constituye una larga serie de inmuebles, relacionados en los certificados de los registradores... que resume la historia de cómo se fue acumulando la fortuna social a lo largo de cuatro decenios y que figuran todos en cabeza de Luis Ramírez Alvarez, y que por sí solo demuestra que es el fruto de la actividad conjunta de los socios... y es normal que estén en cabeza del varón, dada la mentalidad y el ambiente del país, sobre todo a nivel campesino”.

En cuanto al segundo grupo de testigos, en su ahincado intento de demostrar el error de hecho, el recurrente dice que el Tribunal descartó las declaraciones rendidas por Gerardo López, José J. Gómez y Evelio Sossa, alegando ‘que nada saben’ con respecto a lo que es materia del litigio, lo que es sólo cierto en cuanto al segundo. Esta deducción del Tribunal es contraria a la realidad procesal... puesto que los declarantes dan cuenta de hechos que tienen relevancia en la materia del litigio”. Para corroborar su aserto, transcribe algunos apartes de lo testimoniado por Gerardo López y por el médico Evelio Sossa Giraldo.

Comenta luego el testimonio de Luis Eduardo Salazar, que el Tribunal descartó por considerarlo sospechoso, y dice que “no hay ninguna contradicción en el dicho del testigo, como pretende el ad quem. Lo que quiso decir el testigo, es que esas relaciones comenzaron, a su entender, cuando Luis Ramírez tenía alrededor de 30 años y que se prolongaron por 40. Por lo demás, al calcular plazos de tantos decenios el recuerdo humano tiene limitaciones de precisión fácilmente justificables”.

Alude en seguida a la declaración de Antonio Morales, rechazada por el sentenciador en vista de que lo consideró de oídas, y dice que éste se equivocó sustancialmente, porque se abstuvo de ver algunas manifestaciones del declarante, según las cuales Ramírez Alvarez conversaba con él y que en varias ocasiones, íntimamente aludió a su problema conyugal “porque yo sabía que era soltero”; que trató de inducirlo a que contrajera matrimonio con “esa señora para que honrara su calidad de dama”; que Ramírez le dijo que ya había reconocido a sus hijos naturales y que “verdadaderamente usted tiene razón en el consejo que me da en el sentido de que debo

casarme con Rita”; y por último, que alguna vez conversando el declarante con Ana Rita, ésta le manifestó que iba muy poco a Neira porque era una mujer sumamente ocupada en la finca y que le tocaba trabajar como un hombre para ayudarle a su marido a mantener sus hijos.

Dice también que el Tribunal se equivocó al expresar que la declaración de José Giraldo era contradictoria; que al decir el deponente que le constaba en forma personal que Ana Rita le ayudó mucho a Luis y que trabajaba como si fuera una sirvienta, significa exactamente que no lo era aunque mucho trabajaba. “El tiempo verbal empleado por el deponente es lo que se conoce en gramática como el de negación implícita... por lo tanto, el concepto de ayuda sigue vigente y no el de dependencia, como quiere el Tribunal. El otro término de la aparente contradicción es que Luis es muy trabajador y veía por Ana Rita, esto quiere decir que él también era industrioso a la par que la mujer. En resumen el testigo dijo: Luis es muy trabajador y Ana Rita también, hasta el punto de que trabajaba como si fuera una sirvienta”. Por lo cual, no existe contradicción, pues una afirmación no niega la otra.

El Tribunal —prosigue la censura— estimó que la declaración de Manuel Antonio Loaiza sólo acreditaba que Ana Rita hacía empanadas y tamales y los vendía “en una tienda que había en los bajos de la casa, pero que de ello no se deduce en forma alguna cuáles fueron las actividades conjuntas desarrolladas por los concubinos (sic)”. El recurrente por su parte arguye en que el error de hecho del Tribunal se originó “en no complementar y analizar lo contenido en esa declaración con lo expresado sobre los mismos hechos por otros testigos”.

En cuanto a la declaración de Arcesio Tamayo, que según el sentenciador no mencionaba los hechos de los cuales pueda deducirse la colaboración que el testigo dice prestaba Ana Rita a Ramírez Alvarez, el recurrente hace notar que al testigo le constaba que cuando Ramírez se emborrachaba, Ana Rita “tenía que estar al tanto de todos los negocios del mencionado señor”, hecho importante. Luego combate la apreciación del Tribunal acerca de la de-

claración de Moisés Salgado, de la cual dijo que era una simple reproducción textual del interrogatorio que se le formuló, apreciación que es equivocada como ocurre con la de los testimonios de Benjamín Orozco y Alfonso Mejía, ya que acusando las respuestas de todos ellos diferencian con el texto de las preguntas, no pueden ser calco de éstas.

Más adelante la censura transcribe de nuevo algunos apartes de las declaraciones que a su juicio fueron erróneamente apreciadas por el Tribunal y que lo condujeron "inexorablemente a omitir la existencia procesal de los elementos tipificantes de la sociedad de hecho". Y sobre el particular expresa: "Es tan grave el yerro, que el Tribunal no tiene empacho en negar el trabajo o la actividad del socio... Harto se patentiza en el dicho de todos los testigos el pie de igualdad en que trabajan, metódica y paralelamente, Luis Ramírez y Ana Rita Hurtado: que vivían como cónyuges; que colaboraban mutuamente; que sus relaciones duraron 40 años; que tenían hijos comunes y como tales los trataban; que habitaron siempre juntos en el predio de la empresa agrícola y luego en la misma casa en Manizales. No vio el Tribunal todos estos hechos en las declaraciones para concluir todo lo contrario a la evidencia".

IV

Consideraciones de la Corte

1. Para que, por ministerio de ley y por el simple hecho de esa unión, se forme sociedad de bienes entre un hombre y una mujer que se unen para vivir juntos, requiérese, como lo disciplinan los artículos 180 y 1774 del Código Civil, que ellos hayan celebrado, entre sí, matrimonio que produzca efectos civiles; las uniones matrimoniales no tuteladas por la ley, no tienen virtud para crear tal sociedad de bienes entre los consortes. En el caso dicho, entonces, por el solo hecho del matrimonio y sin que los cónyuges lo sepan o lo quieran, y aun contra su voluntad, pues es institución de orden público para cuya derogación no tiene eficacia la voluntad individual o conjunta de los casados, esta

sociedad conyugal se contrae entre marido y mujer. Como lo expresa el artículo 1º de la Ley 28 de 1932, a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que deba liquidarse la dicha sociedad, se considerará que ella ha existido desde el mismo instante en que el matrimonio fue celebrado.

2. Perfeccionado pues el matrimonio, simultáneamente con él nace la sociedad que, desde entonces, cuando no se han celebrado capitulaciones matrimoniales, se gobierna por las normas del título 22 del libro 4º del Código Civil con las reformas que le introdujo la Ley 28 de 1932.

3. Disuelta la sociedad conyugal deberá procederse a su liquidación y aunque uno de los consortes probare que el otro en nada colaboró a la formación del haber social, ambos tendrán derecho igual para que el acervo social líquido se les adjudique por mitades, como expresamente lo establece el artículo 1830 del Código Civil. La demostración de que falta alguno de los elementos constitutivos de todo contrato de compañía, en nada podría modificar la existencia de la sociedad conyugal, pues esta surge ope legis, y no del acuerdo de las voluntades de los casados. Ella se presenta pues como engendrada por el matrimonio sin el cual no puede existir, porque no tiene vida autónoma. Para que cada consorte o consocio, a la disolución de esa sociedad, pueda reclamar su derecho en ella, le basta con probar que hallándose unido en legítimas nupcias y sin que tenga qué demostrar, además, que existen todos los elementos constitutivos del contrato social, cuales son: la affectio societatis, o intención de tomar parte en una empresa común, los aportes recíprocos, y el propósito de repartir entre sí las ganancias o pérdidas, que resulten de la especulación.

4. Brota de lo expuesto que la sociedad conyugal es, pues, un efecto propio del matrimonio legítimo, no del hecho de la convivencia o cohabitación de los casados, o una creación de la simple voluntad de éstos.

5. Quienes hayan celebrado matrimonio que no produzca aquellos efectos o quienes sin casarse entre sí, se hayan unido para vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, aunque convivan bajo un mismo

techo y de manera pública y estable, a la manera de los legítimamente casados, carecen de derecho para reclamar, fundados únicamente en que existe la unión concubinaría, que se les otorgue participación en las utilidades que su compañero haya obtenido durante el tiempo en que han cohabitado. Ni a la concubina ni al concubinario, por el solo hecho de ser tales, les confiere la ley derecho alguno sobre los bienes que su amante haya adquirido durante el tiempo en que la unión natural se haya desarrollado.

El concubinato, pues, no genera por sí ningún tipo de sociedad o de comunidad de bienes entre los concubenarios. La cohabitación, per se, no da nacimiento a compañía patrimonial.

6. Nada se opone, empero, a que se forme una sociedad de hecho entre los concubenarios, cuando paralela a la situación sexual que conviven, se desarrolla, con aportes de ambos, una labor de explotación con fines de lucro, que no tenga objeto o causa ilícitos, en la que los dos participen con el propósito expreso o tácito, de repartir entre sí las utilidades que provengan de la gestión. Tampoco se opone a aquello el que los concubenarios, en la actividad lucrativa que desarrollan, combinen sus esfuerzos personales buscando también facilitar la satisfacción de las obligaciones familiares comunes o tengan como precisa finalidad crear una fuente de ingresos predestinados al pago de la erogación que su vida en común demande, o para la que exija la crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, pues en tales fines va implícito el propósito de repartirse los remanentes si los hubiere o el de enjugar entre ambos las pérdidas que resulten de la explotación.

Como lógica conclusión emerge de lo expuesto, que quienes no están unidos en legítimo matrimonio que produzca efectos civiles, para que puedan tener derecho a participar en las utilidades conseguidas durante el término de la unión, deben probar que entre ellos existió una verdadera sociedad de hecho; no les basta con acreditar que eran concubenarios.

7. Cuando se ha celebrado matrimonio, la sociedad conyugal nace simultáneamente con éste, y no antes ni después, porque

es el hecho de las nupcias lo que la genera. En cambio, cuando entre concubenarios existe sociedad de hecho, ningún obstáculo legal se levanta para que la sociedad se haya iniciado aun antes de empezar el concubinato, ni la hay para que surja con posterioridad a la existencia del mismo. Quienes al margen de la ley convivan como marido y mujer, bien pueden formar una sociedad ya regular, ya de hecho, después de estar cohabitando, siempre que tal compañía no tenga por fin continuar el concubinato, fomentarlo o estimularlo, pues, entonces, porque sería ilícita su causa, la sociedad sería nula. Y tal situación es clara, porque el concubinato no puede ser elemento constitutivo del contrato social; meramente puede ser un factor circunstancial.

8. Resumiendo lo expuesto, se tiene: la sociedad conyugal que, según los artículos 180 y 1774 del Código Civil, se forma entre los consortes por el hecho del matrimonio, no requiere de la concurrencia de ninguno de los elementos tipificadores del contrato social, cuales son: la intención de asociarse o animus contrahendi societatis, los aportes recíprocos y el propósito de repartirse las utilidades o pérdidas que resulten de la especulación. Esa sociedad sui generis se contrae, aun contra la voluntad de los casados, por el simple hecho de las nupcias legítimas. En cambio, quienes por fuera del matrimonio se unen para vivir juntos, no por ello contraen sociedad de bienes, la cual, para que se entienda contrada, indispensablemente reclama que entre los concubenarios se haya celebrado pacto expreso con esa finalidad, o que los hechos indiquen certeramente que al margen del desarrollo de su vida sexual o afectiva, los concubenarios realizaban actividades encaminadas a obtener lucro, que tenían el propósito de repartirse las utilidades o pérdidas que resultaren de la especulación y que entre ellos existía, en el desempeño de tal trabajo, el ánimo de asociarse.

La sociedad conyugal, pues, sólo puede existir entre personas que estén legítimamente casadas entre sí, aunque después el matrimonio se declare nulo. Ella no se da entre concubenarios. No obstante, entre éstos puede existir sociedad de bienes, crea-

da ya regularmente por el concurso expreso de sus voluntades, o contraída por los hechos. El matrimonio por sí solo, pues, genera aquella sociedad, lo que no acontece con el concubinato, en el cual para que se forme sociedad de bienes entre sus integrantes, se requiere que así lo hayan convenido éstos, expresa o tácitamente.

9. Doctrina invariable de la Corte ha sido la de que por cuanto la vida en común de los amancebados no genera, per se, ni comunidad de bienes ni sociedad de hecho, para declarar la existencia de ésta y que cada concubinario pueda reclamar los derechos que se conceden a quien tiene la calidad de socio, se exige que quien alega su existencia aduzca la prueba idónea que permita al fallador, en tal caso, "distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes, de uno y otro o de ambos". (G. J. XLIII, 479, LVI, 333, LXIII, 21; LXXVI, 485, LXXVII, 158, XC, 560; XCIV, 36 entre otras).

10. Descendiendo al caso litigado en este proceso y penetrando en el análisis del haz probatorio, se tiene que ningún error cometió el ad quem al dejar de lado las declaraciones de Joaquín Gaviria, Gerardo López, José J. Gómez y Evelio Sossa, pues la primera no fue ratificada y las restantes ningún dato suministran relativamente a la alegada sociedad que por los hechos se hubiera formado entre Ana Rita Hurtado y Luis Ramírez. Y tampoco erró el Tribunal, cuando porque no daban la razón del dicho y se habían limitado a reproducir las cuestiones que se les formularon, desechó los testimonios de Moisés Salgado, Benjamín Orozco, Alfonso Mejía, y dejó de lado el de Antonio Morales por ser testigo de oídas.

El Tribunal, empero, incurrió en error evidente de hecho al descartar, dejando de ver los elementos probatorios nítidos que ellas contienen, las declaraciones de Luis Eduardo Salazar, José Giraldo, Manuel Antonio Loaiza y Arcesio Tamayo, las cuales "eliminó" por razones que, como adelante se verá, no justifican dejar de tomar en

cuenta los hechos relatados por esos testigos, hechos indicadores de que entre Ramírez y la recurrente, a más del concubinato, existió de facto una sociedad de bienes. El Tribunal, al exigir que cada testigo debía ofrecer todos los episodios configurativos del contrato social y al dejar de analizarlos en conjunto, cometió error evidente de hecho, pues, a pesar de que examinándolos globalmente resulta de ellos que sí están acreditados todos los elementos constitutivos de la sociedad de hecho, dejó de ver esta circunstancia que emerge claramente, para concluir que no se había demostrado la sociedad.

Con lo aseverado por los testigos inmediatamente antes enunciados y por Misael Amaya, Luis Alfonso Giraldo, Francisco Castro, Juan Evangelista Muñoz, Carlos Emilio Loaiza y Emiliano Duque Ospina, queda demostrado que Ana Rita Hurtado, durante el tiempo en que convivió con Luis Ramírez, no se limitó a desarrollar labores exclusivamente propias de quien hace vida marital con un hombre, cuales son las de índole íntima amorosa y las domésticas que se traducen generalmente en atender al arreglo de ropas, preparación de los alimentos, aseo de la casa, etc. Ana Rita Hurtado, a más de aquellos quehaceres, ejerció actividades que son inequívocamente expresivas de su ánimo de colaborar con su amante en la explotación de empresas productoras de renta. Así, desde los albores de su unión con Ramírez y conjuntamente con él, se encargaba de hacer la alimentación de los trabajadores de la finca cafetera, y "se entendía con ellos"; producía comestibles para vender en la tienda que tenían en los bajos de la casa; desempeñaba las labores de revolver y secar el café; ordeñaba las vacas; levantaba y engordaba gallinas y cerdos, etc.; actividades que ejecutaba con tal dedicación y eficacia que la mayoría de los declarantes dan a entender que, sin la colaboración y la dirección de Ana Rita, Luis Ramírez no hubiera adquirido los bienes que dejó a su muerte, pues era muy vicioso y antes de unirse a ella gastaba íntegramente lo que conseguía.

Para la Corte ninguna duda se presenta en cuanto a que, simultáneamente y en forma paralela a la actividad concubinal,

Ana Rita y Luis Ramírez explotaron conjuntamente trabajos agrícolas y comerciales, con el propósito de obtener para sí utilidades, y que, en tal empresa, ambos aportaron su trabajo personal. Los hechos antes relacionados demuestran el propósito de los concubenarios para asociarse ambos, sin que existiera dependencia de uno respecto al otro; ejecutaban labores que apuntaban a la obtención de beneficios que se traducían en actos de producción realizados conjunta o separadamente, pero que perseguían el mismo objetivo: las ganancias.

11. El testigo Luis Eduardo Salazar G., quien declaró dos veces, en ambas oportunidades expresa que "Ana Rita Hurtado, trabajaba considerablemente en asocio de Luis Ramírez, durante todo el tiempo que vivió con él, colaboraba en la administración de los bienes que él iba consiguiendo y en la administración de la finca..., le hacía de comer a los trabajadores, lo mismo que se entendía con los animales de la finca, engordaba cerdos, es decir, desempeñaba todos los oficios en la finca que desempeña cualquier hombre, por lo cual los bienes dejados al morir por Ramírez fueron conseguidos con el trabajo de ambos". Tener como sospechoso a este testigo simplemente porque en la segunda declaración "da cuenta de una serie de detalles no narrados en la primera" es típico error y lo es descartarlo, dejando de ver lo que dice, simplemente porque afirma que conoció a Ramírez cuando éste tenía unos 22 años "y lo conocí viviendo todavía solo sin juntarse con Ana Rita durante 30 años", de lo cual dedujo el Tribunal que se unió a ésta cuando tenía 52 años, cuando lo que quiso expresar es que lo conoció a los 22 y que antes de los 30 vivió solo, lo cual no incide en la apreciación de los hechos relativos a la existencia de la sociedad de facto. Y si en una de las declaraciones dijo que tiene 70 años y en la otra 65, ello no es suficiente para desatender lo afirmado por el testigo relativamente a las actividades sociales de los concubenarios. Esa circunstancia permitiría solamente generar duda sobre la verdadera edad del declarante, mas no sobre los hechos materia de su declaración, que no aparecen contradichos,

más cuando un número de testigos, que es legión, aseveran lo mismo.

José Giraldo manifiesta que "Ana Rita le ayudó mucho a Luis y trabajaba como si fuera una sirvienta y tanto, que la gente decía que era ella la que llevaba la obligación, pues le correspondía manejar trabajadores y hacer el oficio de una sirvienta de casa". Al analizar esta declaración erró el Tribunal, pues la rechazó por cuanto "ella no ofrecía los suficientes elementos de juicio para demostrar la sociedad de hecho" y porque dedujo de la misma que, en los trabajos encaminados a producir renta, había dependencia de Ana Rita respecto a Luis Ramírez, pues si aquella trabajaba como una sirvienta era porque no gozaba de autonomía. Palmar yerro es éste, pues de lo afirmado por el testigo no puede concluirse tal. De ello sólo puede deducirse la colaboración armónica y la dedicación al trabajo, el ánimo constante y resuelto de participar en las actividades que tendían al logro de beneficios económicos.

Al estudiar las declaraciones de Misael Amaya, Luis Alfonso Giraldo, Francisco Castro, Juan Evangelista Muñoz, Carlos Emilio Loaiza y Emiliano Duque Ospina, el Tribunal dice que estos testigos, "todos los cuales justifican su dicho afirmando haber sido trabajadores de Luis Ramírez, en distintas épocas", aludiendo a las actividades desarrolladas por Ana Rita durante el concubinato con Ramírez, "coinciden en los siguientes puntos: a) Que Luis Ramírez consiguió la mayor parte de sus bienes mientras vivió con Ana Rita Hurtado; b) Que ésta colaboró con Luis Ramírez en la administración de los bienes o de los negocios. Al concretar esa colaboración, señalan las siguientes actividades como ejecutadas por la demandante: hacer de comer a los trabajadores y entenderse con ellos; revolver y secar el café; hacer empanadas y tamales para vender en una tienda que había en los bajos de la casa, ordeñar el ganado y criar y engordar gallinas y cerdos. Por último los declarantes dicen que los bienes dejados por Luis Ramírez al morir fueron el fruto del trabajo de ambos".

Con base en lo anterior acepta el Tribunal que Ana Rita Hurtado realizó actividades de explotación económica que clara-

mente se dirigían a la obtención de beneficios económicos; mas considerando que “desde que se hable de sociedad hay que probar el trabajo —o el aporte genéricamente hablando— del otro presunto socio”, deduce que, en el caso litigado, como “ninguno de los deponentes informa cuál fuera la gestión, paralela y simultánea a la de la señora Hurtado, cumplida por el señor Ramírez Alvarez en orden a lograr un objetivo social”, no existe base para declarar la existencia de la sociedad de hecho entre los concubenarios.

El Tribunal, como antes se ha dicho, por no haber analizado las pruebas en conjunto, cual lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, cometió error de hecho al dejar de ver que estaba demostrada la actividad social del concubinario, siendo que ésta aparece afirmada en la demanda, se deduce claramente de lo aseverado por todos los testigos y, además, no es materia de desacuerdo entre las partes. Nadie, ni siquiera la demandante, niega el quehacer de Luis Ramírez durante el concubinato. Que él realizó actividades encaminadas a la producción de beneficios económicos, es un supuesto de la demanda no contradicho por nadie y aceptado por todos. Al afirmar que no estaba probada esa actividad, el ad quem cometió evidente error de hecho, con lo cual violó, por falta de aplicación, las normas sustanciales que la censura invoca.

Menester será, entonces, casar la sentencia recurrida y dictar la de reemplazo, para lo cual se considera:

a) De lo expuesto al despachar el cargo conclúyese que entre la recurrente Ana Rita Hurtado y Luis Ramírez Alvarez, a más de las relaciones maritales que, por fuera de la ley y por espacio de 40 años sostuvieron, existió entre ellos sociedad de hecho, pues desde los albores de su unión concubinal, tanto el uno como la otra se ligaron en el propósito de explotar en común distintas empresas, ejecutando simultánea y metódicamente trabajos encaminados a la obtención de beneficios económicos;

b) Como en el hecho octavo de la demanda se afirma que unas y otras relaciones se iniciaron entre 1928 y 1930, y desde luego que los testigos hablan de que Luis Ra-

mírez, quien falleció el 2 de diciembre de 1968, convivió con Ana Rita Hurtado por un término aproximado de 40 años, necesario será determinar que la sociedad de hecho se formó desde el 1º de enero de 1930 y que se disolvió por muerte del concubinario Ramírez;

c) Para la liquidación de la sociedad se procederá como se indica en el artículo 631 del Código de Procedimiento Civil y en los siguientes.

V

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, casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el 8 de abril de 1972, y, actuando como Tribunal de instancia, revoca la de primer grado, dictada por el Juez 1º Civil del Circuito de Manizales el 18 de septiembre de 1971, y, en su lugar,

Resuelve:

1º Declárase que, desde el 1º de enero de 1930 hasta el 2 de diciembre de 1968, entre Ana Rita Hurtado y Luis Ramírez Alvarez, existió sociedad de hecho.

2º Declárase que ésta se disolvió por la muerte del socio Luis Ramírez, por lo cual ordenase su liquidación.

3º Condénase a los demandados hermanos y sobrinos del difunto, que son los únicos que se opusieron a las pretensiones, a pagar a la demandante las costas de las dos instancias del proceso.

4º Sin costas en el recurso de casación.

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

*Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Alfonso Pe-
láez Ocampo.*

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

FILIACION NATURAL

Error de hecho. — Autonomía de los cargos en casación. — Prueba testimonial: autonomía del fallador de instancia para su apreciación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., veintinueve de octubre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por las demandadas contra la sentencia de 5 de febrero del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario instaurado por William de Jesús Castrillón contra los herederos de Luis María Gómez Madrid.

II

El litigio

1. Mediante libelo de 20 de agosto de 1971, el citado William de Jesús Castrillón demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Girardota a Mariana de Jesús Gómez de Tobón y a María Soledad Gómez de Castro, como herederas de Luis María Gómez Madrid, en procura de que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

Que el demandante, hijo natural de Josefina Castrillón, lo es también de Luis María Gómez Madrid; que como tal tiene derecho a la herencia de éste con exclusión de las demandadas, hermanas legítimas del causante; que, consecuentemente, se le adjudiquen los bienes dejados por el finado; que se ordene tomar nota de lo conducente en el registro del estado civil; y que si las demandadas se oponen a sus pretensiones se les condene en las costas procesales.

2. Los hechos que el demandante invocó como constitutivos de la causa petendi, quedan sintetizados en los siguientes:

Que Luis María Gómez Madrid, muerto en la población antioqueña de Girardota el 19 de mayo de 1971, mantuvo desde el año de 1941, con todas las características de un concubinato, relaciones sexuales estables y notorias con Josefina Castrillón; que fruto de estas relaciones fue el nacimiento del demandante, ocurrido el 27 de mayo de 1943 en esa misma población; que durante el embarazo y el parto Gómez Madrid atendió a Josefina, "proporcionándole alimentación, alojamiento en una casa de su propiedad y suministrándole los recursos necesarios para el alumbramiento"; que desde el nacimiento de William de Jesús y hasta la muerte de Luis María Gómez, éste reconoció siempre a aquél como hijo suyo y que en tal condición lo trató, atendió a su crianza, educación y lo estableció en negocios suyos; que en ella lo presentó a sus deudos y amigos; y que ocurrido el óbito de Luis María las demandadas procedieron a tramitar su sucesión, proceso en el cual el juzgado de Girardota las reconoció como herederas del causante, en su calidad de hermanas legítimas de éste.

3. En sus contestaciones a la demanda las demandadas, después de negar los hechos en ella invocados, salvo los atinentes al trámite de la sucesión y a su carácter de herederas en ella, los cuales aceptaron, se opusieron a las pretensiones del demandante.

4. Con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 3 de

agosto de 1972, mediante la cual acogió las súplicas de la demanda.

5. Por apelación interpuesta por las demandadas, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que por sentencia de 5 de febrero del presente año, confirmó en todas sus resoluciones el fallo apelado e impuso las costas de la segunda instancia a las recurrentes.

III

Motivación de la sentencia impugnada

1. Después de relatar los antecedentes del litigio y el trámite de las instancias del proceso, nota el *ad quem* que para sustentar sus pretensiones el demandante acude a tres de las presunciones de paternidad natural consagradas en la Ley 75 de 1968: la existencia de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre en la época de la concepción del demandante; el trato personal y social dado por aquél a ésta durante el embarazo y el parto; y la posesión notoria del estado de hijo, todas las cuales encuentra acreditadas suficientemente en este caso.

2. Para fundar su conclusión el Tribunal cita, extractando su contenido, las declaraciones rendidas por Alicia Gómez, Mariano Jaramillo Saldarriaga, Alejandrina Hernández de Quinchía, María del Rosario González de Alzate y Jorge Arturo González. Hace énfasis el sentenciador en el contenido del testimonio de Abelardo Jaramillo por considerar que éste, quien fue el padrino de bautismo del demandante, merece mucha credibilidad en sus afirmaciones sobre la existencia de relaciones sexuales entre Josefina Castrillón y Luis María Gómez.

En la tarea valorativa de la prueba testifical, afirma el *ad quem* que ella, unida a la partida de bautismo del demandante, forma "un acervo probatorio que merece todo crédito por las coincidencias no artificiosas que se observan en los dichos de los deponentes entre sí y en relación con lo declarado por los demás, por las condiciones en que estuvieron para apreciar cuanto deponen, por la no infirmación de

sus dichos ante la presencia e interrogatorios del apoderado de las dos demandadas y también por cuanto la declaración en sentido un tanto contraria, la de María de J. Alvarez Meneses (Fls. 49 a 50) además de ser única mereció la grave anotación de folios 51 frente, admitida por la parte que este testigo quiso favorecer".

III

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segundo grado las dos demandadas interpusieron el recurso de casación, el que sustentan en demandas separadas y cuyo estudio procede a hacer la Corte en el orden en que fueron presentadas.

A. Demanda de Mariana Gómez de Tobón

En su respectiva demanda esta recurrente le formula a la sentencia del Tribunal dos cargos, que la Corte examina en el mismo orden en que aparecen propuestos.

Cargo primero

1. Se encuentra formulado así: "La sentencia de instancia es violatoria de normas sustantivas por manifiesto error de derecho en la apreciación de la prueba testifical, error consistente en atribuirle un valor que legalmente no le corresponde, lo que condujo al sentenciador al desconocimiento indirecto o infracción de normas preestablecidas por los artículos 92, 299, 387 del Código Civil, artículo 7º de la Ley 45 de 1936 y los ordinales 4º, 5º y 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968".

2. Al iniciar el desenvolvimiento de esta censura, apunta el casacionista que de los varios testimonios aducidos al proceso el Tribunal "preseleccionó" los cinco que el recurrente señala; y que sin indicar cuáles sirven para demostrar cada una de las tres presunciones de paternidad invocadas en la demanda, "sino que las involucra en forma globalizante", estimó que "tomadas en conjunto constituían plena prueba sobre

tres de las causales de reconocimiento de filiación”.

Añade el impugnador que al proceder así en la tarea valorativa de las pruebas, el sentenciador incurrió en error de jure, porque “la ley exige la demostración plena de cada uno o al menos de uno de los medios o causales de reconocimiento de filiación, sin admitir que pruebas deficientes respecto de varios de esos medios o causales de reconocimiento, lleguen a constituir entre sí una prueba eficaz respecto de todo el abanico de causales de reconocimiento”.

“Algo más: —añade el censor— la ley en este particular es pautativa, tarifaria, de valuación legal. Podrán combinarse las pruebas deficientes para deducir una prueba plena respecto de una causal de reconocimiento. Pero no puede darse por demostrada la posesión notoria de hijo natural con una prueba deficiente supliendo esa deficiencia suasoria con prueba de relaciones sexuales o con pruebas de trato social o personal prestado durante el embarazo y parto, ni viceversa. Cada causal debe demostrarse en forma independiente y completa”.

Explanando su criterio, dice el recurrente que la sentencia “sumó indicios de relaciones sexuales, los combinó con indicios de trato y asistencia personal, los corroboró con indicios deficientes de posesión notoria de estado, y de la suma de todos esos indicios heterogéneos que el mismo sentenciador califica como deficientes, dedujo certeza en relación con los tres medios o causales de reconocimiento”.

3. Continuando en el desarrollo del cargo, pasa el censor a hacer un análisis de cada uno de los testimonios considerados por el Tribunal, para concluir aseverando que por ser deficientes y contradictorios, con ellos no se demuestra ninguna de las tres presunciones de paternidad natural invocadas por el demandante en el libelo incoativo del proceso.

En apoyo de su aserto, dice que aun aceptando en gracia de discusión la asistencia personal y social dada por Gómez al tiempo del embarazo y el parto, “ella fue menos que mezquina y por tanto equívoca”, porque los testigos sólo hablan de que aquél buscó el padrino para el bautismo del hijo; que enviaba dineros a la madre, pero

que “estos pequeños auxilios, estos pequeños favores no crean certeza irrefragable”.

Refiriéndose a las relaciones sexuales, el censor dice que tampoco están demostradas, puesto que “los testigos hablan en forma globalizante sin determinaciones de tiempo, modo ni lugar; no son fidedignos porque hablan de que Luis María Gómez y Josefina vivieron amancebados durante treinta y un años, o treinta y dos, pero muy claro y con detalles hablan otros testigos de cómo pudieron ser esas relaciones sexuales, en un solar y de que el amancebamiento fue muchos años más tarde”.

Y aludiendo a la posesión notoria, expresa que tampoco se encuentra justificada, puesto que —dice el recurrente— “el tratamiento de hijo supone algo más efectivo y entrañable; llevar al niño en los brazos, sacarlo a pasear; presentarlo ante sus amistades y familiares, celebrarle actos tradicionales de primera comunión, de cumpleaños; interesarse por sus progresos de orden material y moral; buscarle establecimiento, y asistirlo materialmente no en una forma aislada, sino en forma persistente, asidua, celosa; presentarlo ante amigos y deudos”, hechos éstos que el censor asegura no relata ninguno de los testigos.

Se considera

1. Establece el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil que la causal primera de casación consiste en “ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial, por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea”. Y el artículo 374 *ibídem*, al determinar los requisitos de la demanda en este recurso extraordinario, preceptúa en su regla 3 que dicho escrito debe contener “la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, expresando la causal que se alegue, los fundamentos de cada acusación en forma precisa y clara, las normas que se estimen violadas y el concepto de la violación, si se trata de la causal primera”. (Subraya la Corte).

La rígida aplicación de la anterior preceptiva legal en el caso presente, sería bastante para afirmar, y por ende para rechazarlo, que el cargo que aquí se considera se presenta incompleto en su formulación,

desde luego que ni en su planteamiento ni en su desarrollo el recurrente expresa la causal que alega ni el concepto de la violación de las normas sustanciales que acusa.

Sin embargo, como el censor denuncia error de derecho en la apreciación de pruebas consideradas por el Tribunal para decretar la paternidad natural demandada, debe entenderse que el cargo lo funda en la causal primera y por aplicación indebida de las normas regulativas de la filiación natural. Con este entendimiento procede la Corte a estudiarlo.

2. Exhaustivamente ha dicho la jurisprudencia de la Corte, que el error de hecho en la apreciación de las pruebas ocurre cuando el fallador no vio la que obra en el proceso o supuso la que no existe en él, hipótesis éstas que por imperativo lógico comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición). Incumbe por consiguiente al censor, en tal supuesto, puntualizar cada uno de estos yerros y demostrar su evidencia, para que quede así de manifiesto que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el sentenciador, por virtud del desacierto en la apreciación de las pruebas, no corresponde a la realidad fáctica establecida por ellas.

Y ha dicho también que el error de derecho tiene lugar, en cambio, cuando a pesar de la correcta apreciación de los medios probatorios en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, el Tribunal, en la tarea valorativa de ellos, infringe las normas legales que regulan su producción, su conducencia, su eficacia o su valor.

3. Analizando los testimonios de Abelardo Jaramillo, Alicia Gómez, María del Rosario González de Alzate, Mariano Jaramillo, Alejandrina Hernández y Jorge Arturo González, dijo el Tribunal que ellos acreditan "a plenitud las presunciones de los ordinales 4º, 5º y 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968 relativos a las relaciones sexuales del presunto padre Gómez y la madre Josefina Castrillón en la época en que conforme al artículo 92 del Código Civil se presume la concepción del demandante; el trato dado por el primero a la segunda durante el embarazo y parto; así

como la posesión notoria de Gómez en un lapso muy superior a los cinco años".

El "error de derecho" en que habría incurrido el sentenciador al apreciar esta prueba, lo hace consistir la censura, sustancialmente, en que atribuyó el valor de plena prueba a dichos testimonios para dar por demostradas todas las presunciones de paternidad natural invocadas en la demanda; cuando, según el recurrente, por ser deficientes y contradictorios, no justifican las relaciones sexuales, ni el trato personal y social, ni la posesión notoria.

La sola enunciación del contenido del cargo es suficiente para advertir la falta de correspondencia entre el motivo invocado y las razones en que se apoya, puesto que si, como lo asevera el impugnador, el Tribunal tergiversó los testimonios haciéndoles decir lo que no expresan, o prescindió de considerar lo que sí dicen; si equivocadamente dio por establecidos los hechos estructurales de cada una de las presunciones de paternidad en que se funda la demanda; y, en fin, si la conclusión del sentenciador contradice la realidad fáctica que la prueba testifical establece, el juicio del fallador, por referirse a la objetividad misma de la prueba, entrañaría un error evidente de hecho y no de derecho. Y ese posible yerro de facto del Tribunal no lo podría considerar la Corte dentro de los claros límites de error de derecho que el impugnante ha demarcado en la formulación de esta censura.

Por lo dicho, se desestima el cargo.

Cargo segundo

1. En éste, bajo el epígrafe "error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba testifical", se acusa la sentencia de ser violatoria de "los artículos 182, 232 y 250 del Código Judicial por apreciación errónea y aplicación indebida en forma ostensible, con lo cual infringió indirectamente las disposiciones sustantivas sobre filiación natural, particularmente los artículos 92, 299, 387 del Código Civil y artículo 7º de la Ley 45 de 1936 y ordinales 4º, 5º y 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968".

Concretando el yerro fáctico que denuncia, dice el recurrente que en él incurrió

el sentenciador de segundo grado al desestimar el testimonio de María de J. Alvarez Meneses; y, además, al no apreciar "los testimonios de exculpación" aducidos por las demandadas.

2. Desarrollando el cargo por el primer aspecto, afirma el censor que, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal, la constancia que con relación al testimonio de Alvarez Meneses se dejó, lo fue a instancia del demandante y no de la parte demandada, quien no la aceptó; y que siendo ello así la declaración debe estimarse en su mérito probatorio.

Añade la censura que tampoco es cierto que se trate de testimonio único, como lo afirma la sentencia, pues si bien es verdad que esta declaración —alude a la citada Alvarez Meneses— "fue la única que declaró que Luis María Gómez se disgustaba cuando le decían que William era su hijo, en otras aseveraciones concuerda con otros testimonios"; y que otros testigos, entre los cuales cita a Guillermo Jaramillo y María Otilia Castaño, deponen sobre hechos de los cuales no puede inferirse la relación paterno-filial que se pretende entre Gómez Madrid y William Castrillón.

3. En desenvolvimiento del cargo por el segundo aspecto, expresa el objetante que el *ad quem* en su sentencia "sólo examinó los testimonios de inculpación, los testimonios positivos, pero se abstuvo de valorar los testimonios de exculpación, los indicios de descargo".

Rematando la formulación de esta censura, apunta el impugnador que "en la misma forma que los indicios de inculpación al sumarse pueden constituir prueba fehaciente, también al sumarse los indicios de exculpación y las 'coincidencias' podrían constituir una probanza suficiente para establecer la equivoqueza, ambigüedad, dubitación, incertidumbre sobre las demás invocadas".

Se considera

1. A más de que en este cargo el recurrente también omitió expresar la causal de casación que alega y el concepto de la violación de las normas sustanciales que acusa, pues el indicado se refiere exclusivamente a los textos procesales, omisión

que sería de suyo suficiente para rechazarlo, encuentra la Corte que en su formulación ostenta otro defecto de técnica, puesto que en él no se atacan todas las pruebas en que el Tribunal apoyó su fallo.

2. Ha dicho reiteradamente la jurisprudencia que en casación los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal "son autónomos, tienen individualidad propia"; y que por lo tanto, para su eficacia, cada uno de ellos debe proponerse en forma concreta, completa y exacta para que la Corte, situada dentro de los límites que le demarca la censura, pueda decidir el recurso sin tener que moverse oficiosamente a completar la acusación, lo que no entra en sus poderes (XC, 326; CVII, 205 y CXVIII, 204).

Y si el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, al determinar los requisitos de la demanda de casación, preceptúa que en los eventos en que se alegue que la violación de la ley sustancial se cometió como consecuencia de error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, en dicho escrito "deberá determinarse cuáles son éstas", tal preceptiva indica que el recurrente está obligado, cuando con fundamento en estos aspectos formula varios cargos contra la sentencia, a precisar en cada uno de ellos todas las pruebas en que el fallador basó su convicción, puesto que si por virtud de su fragmentación, el cargo se refiere solamente a una o alguna de éstas, la censura no podrá prosperar si las demás constituyen soporte suficiente de la decisión.

Es la autonomía de los cargos y su individualidad propia lo que obliga a considerar los varios propuestos como independientes los unos de los otros, sin que por tanto le sea dado a la Corte estudiarlos sucesivamente a efecto de complementar el uno con otro u otros, conducta ésta que de otra parte contrariaría el procedimiento establecido en el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual debe estudiarlos sin otra prelación que la derivada de su orden lógico, absteniéndose de considerar los restantes si halla procedente alguno, salvo cuando el examen sucesivo de los cargos se haga necesario porque el que encuentre próspero "sólo verse sobre parte de las resoluciones de la sentencia y se

hubieren propuesto otros respecto de las demás”.

3. En el caso que aquí se estudia, según se infiere claramente del resumen que de su sentencia se ha hecho, el Tribunal de Medellín analizó seis de las muchas declaraciones de terceros recibidas en el proceso a instancia del demandante, que estimó suficiente para justificar las tres presunciones de paternidad natural invocadas en la demanda, y con base en ellas, unidas al acta de nacimiento, declaró la filiación suplicada.

El cargo que se examina, como se deduce del extracto que de él se ha hecho, se presenta por razón de que el sentenciador habría incurrido en su fallo en manifiesto error de hecho por errónea apreciación del testimonio de María de J. Álvarez Meneses, producido a instancia de las demandadas, y por falta de apreciación de algunas otras declaraciones testimoniales.

Claramente se ve, pues, que en este cargo el recurrente omite absolutamente atacar las pruebas que el Tribunal consideró y tomó como fundamento de la declaración de paternidad contenida en su sentencia; reduce su ataque a otros medios distintos. Pero como aún en el supuesto de que la impugnación así planteada resultara victoriosa, subsistirían sin embargo, por falta de objeción, las razones que en torno a las otras pruebas expuso el sentenciador, la acusación se torna necesariamente impróspera, desde luego que dichas razones son suficientes para sostener la sentencia de segundo grado.

El cargo resulta, pues, ineficaz.

B. Demanda de Soledad Gómez de Castro

Esta recurrente le formula a la sentencia del Tribunal dos cargos, ambos con fundamento en la causal primera de casación, y que la Corte procede a examinar en el orden en que aparecen propuestos.

Cargo primero

1. Su planteamiento es del siguiente tenor: “La sentencia de instancia presenta error manifiesto de hecho por apreciación indebida de la prueba testifical. Violó los artículos 187, 232 y 250 del Código Proce-

sal, para infringir indirectamente las disposiciones de orden substancial, particularmente los artículos 92, 299, 387 del Código Civil; el artículo 7º de la Ley 45 de 1936 y los ordinales 4º, 5º y 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968”.

2. El censor, a intento de demostrar el cargo, luego de exponer su criterio consistente en que el Tribunal obró erradamente al “fusionar las pruebas de relaciones sexuales con las declaraciones sobre trato personal y social o asistencia en el embarazo y parto, y con los testimonios sobre posesión notoria”, y que no pasa de ser el trasunto de lo que al respecto expone el otro demandante en casación, acomete el análisis de las declaraciones rendidas por Mariano Jaramillo Saldarriaga, Alicia Gómez de Gómez, María del Rosario González, Abelardo Jaramillo y Jorge Arturo González. Y de la crítica que él hace a dichos testimonios, el recurrente concluye afirmando que por ser deficientes y contradictorios no puede darse por demostrada en el proceso, con base en ellos, ninguna de las tres presunciones de paternidad natural invocadas en la demanda.

Explanando su aseveración cardinal, el recurrente se refiere en primer lugar a la “asistencia personal y social” afirmando que si se admite en gracia de discusión, “tal asistencia fue menos que mezquina y por tanto equívoca. Los testimonios —agrega— apenas hablan de que Luis Gómez buscó el padrino (dos testigos); de que Gómez enviaba dinero a la madre (un testigo); pero en cambio consta que el hijo nació en el hogar de los padres de Josefina en donde ya tenía problemas al presentarse el embarazo y de donde fue expulsada tres días después del parto. De manera que dónde hay constancia de que Gómez auxilió a la Josefina en el alumbramiento; dónde que la asistió con asiduidad en el embarazo. Porque éstos pocos auxilios, —concluye— estos pequeños favores, de buscar padrino sin asistir al bautismo; de enviarle dinero mediante boletas en ocasiones bastante aisladas no crean certeza irrefragable”.

En punto de la presunción de relaciones sexuales al tiempo de la concepción del demandante, asevera el impugnador que tampoco la demuestran esas declaraciones,

porque "los testigos hablan en forma globalizante sin determinaciones de tiempo, modo ni lugar. No son fidedignos porque hablan de que Luis María Gómez y Josefina vivieron amancebados durante treinta y un años, pero muy claro y con detalles hablan otros testigos de cómo pudieron ser esas relaciones sexuales, en un solar, y de que el amancebamiento fue muchos años más tarde".

Finalmente, en relación con la posesión notoria del estado de hijo, expresa el censor que menos se encuentra justificada con las declaraciones que analizó el Tribunal, porque, dice, "hay que observar que los cinco testigos en que se funda la sentencia no hablan de que William llevara el apellido de Gómez. Un testigo habla de que el trato del muchacho para Gómez era de sí señor, no señor. Los demás hablan de pequeños regalos aislados, 'de que le enviaba cositas', de asistencia esporádica; pero no se comprobó que lo hubiera matriculado en la escuela; de que lo denunciara en sus declaraciones de renta; de que hubiera visto por su establecimiento; de que hubiera concurrido a su matrimonio; de que lo presentara ante sus parientes y amigos; de que hubo una asistencia asidua, continua, persistente, pertinaz".

3. Finalizando el desenvolvimiento de la censura, dice el recurrente que los testigos no dan clara razón de sus dichos; que sus exposiciones "son contradictorias consigo mismas y también entre ellos"; que no son circunstanciadas, pues no dan explicaciones de antecedentes, tiempo y lugar; y que como no tienen "la pluralidad concordante, irrefragable, fidedigna" no son satisfactorias.

Observa que si bien el sentenciador es autónomo en la apreciación de la prueba testifical, sin embargo esa autonomía no es absoluta: "va hasta donde comete un error de hecho o de derecho manifiesto. Dar por demostrada la posesión notoria con pruebas de otra índole distinta de las pautadas por la ley, dar por demostrada tal causal por 'coincidencias' nada artificiosas, y a su vez admitir las otras causales de relaciones carnales y de trato personal con pruebas de estado de posesión notoria, es romper la tarifa legal impuesta por las reglas de la filiación".

Se considera

1. Ha sido doctrina constante de esta Corporación la de que el fallador goza de discreta autonomía para apreciar la prueba testimonial y, por consiguiente, para formar su convicción en cada caso, apoyándola en ella o en la combinación de ésta con otro u otros de los medios de prueba producidos en el proceso; y que, ante esta facultad de apreciación, no corresponde a la Corte pronunciar nuevas o distintas conclusiones sino cuando la estimación del sentenciador de instancia resulta evidentemente contraria a la naturaleza y realidad misma de los hechos que las pruebas demuestran.

Y ha dicho también que el impugnante puede tener un criterio de apreciación distinto del aplicado por el Tribunal, pero que mientras éste no degenera ostensiblemente en arbitrariedad, no puede casarse el fallo para proferir otro de diferente contenido, simplemente porque aquél, al ensayar un análisis sutil y más severo de la prueba, no esté de acuerdo con el modo como el juez aprecia los hechos.

2. Según se desprende de todo el desarrollo que del cargo que se estudia expone el censor, el ataque a la sentencia se hace estribar en el yerro fáctico en que habría incurrido el ad quem al dar por establecidas en el proceso, con una prueba testimonial cuyo contenido es inidóneo para ello, en primer lugar, la existencia de relaciones sexuales entre Luis María Gómez y Josefina Castrillón, en la época en que tuvo lugar la concepción del demandante; en segundo, el trato personal y social dado por aquél a ésta durante el embarazo y el parto; y, finalmente, la posesión notoria del estado de hijo de William Castrillón frente a Gómez Madrid.

Sucede, empero, que si se analizan los testimonios que tuvo en cuenta el Tribunal para deducir las referidas relaciones sexuales, se impone afirmar que el error de hecho que la censura denuncia es inexistente, desde luego que, como se verá adelante, las atestaciones de dichos deponentes, lejos de ser vagas y contradictorias como lo afirma el impugnador, son precisas y dan atendibles razones de sus dichos. En efecto:

Mariano Jaramillo Saldarriaga, quien dice ser vecino del Municipio de Girardota, afirma que conoció a Luis María Gómez, "Alias Carringo", quien con Josefina Castrillón "vivían amancebados desde hace unos treinta y dos años, y durante ese tiempo ella tuvo un muchacho...", que, por haber sido ayudante de Gómez en la tienda que éste tenía en esa población, le consta que "ellos vivían juntos y él le mantenía casa y le pasaba todo lo necesario y vivían como casados en una misma casa, y allá a esa casa no entraba ningún otro hombre".

La declarante Alicia Gómez de Gómez, también vecina de este municipio, en su declaración jurada expresa que por haber residido en lugares cercanos sabe que Gómez Madrid, a quien conocía popularmente como "Carringo", desde mucho antes de 1946 tenía relaciones con Josefina Castrillón; que a partir de dicho año comenzaron "a vivir juntos, como un matrimonio"; y que el hijo que habían tenido era conocido en el pueblo con el alias de "Carreto por ser hijo de Carringo".

Alejandrina Hernández de Quinchía, dando amplias razones de su dicho, afirma que antes de 1943 Josefina Castrillón vivía en la casa de sus padres; que como para entonces ya tenía relaciones con Luis María Gómez, la mamá de aquella "vivía muy a disgusto de esas relaciones"; que por esto aquél llevó a Josefina para Medellín en donde resolvieron vivir juntos; que "cuando ella regresó de Medellín con el niño, él se la traía a vivir a la calle don Juancho"; y que durante el tiempo en que tuvieron sus relaciones íntimas, la Castrillón le guardó absoluta fidelidad a Gómez, "lo que digo porque era vecina, durante el tiempo que estuvo embarazada siempre se iba para la tienda" de su amante.

María del Rosario González, quien afirma haber tenido negocios con Luis María Gómez en la población de Girardota, expresa en enero de 1972 que éste "cohabitó con Josefina Castrillón, aproximadamente de treinta a treinta y un años"; que cuando "la tuvo viviendo en la calle de El Talego, ella le mandaba la alimentación a la tienda"; que al inicio de sus relaciones Gómez no vivía con Josefina, "pero sí iba a donde ella, nosotros lo veíamos pasar a las

diez u once de la noche muy a menudo, pues si no a diario sí con un día de intermedio, lo que digo porque yo era modista y me quedaba trabajando hasta tarde".

En su declaración Jorge Arturo González, quien dice haber sido trabajador de Luis María Gómez "hace como treinta y un años", expresa que en esa época "él vivía en la tienda. Empezó relaciones con esta muchacha Josefina, quien vivía en la casa de ella, con los padres"; que se enteró de estas relaciones "porque me tocó llevarles boletas a él de ella o de ella a él"; que para entonces "Carringo", como se conocía popularmente a Gómez, "tenía una casa, la cual tiene un solar muy grande, la casa nuestra era lindero con la casa de él y el solar, y él en esa boleta le mandaba decir que se encontraban allá en el solar. Esto ocurrió durante esos dos años que estuve allá trabajando con él. Ellos se veían con frecuencia, y yo me quedaba en la tienda. Después cuando yo lo veía tan empantanaado, él me decía que le estaba dando vueltas a ese solar"; y que después de algún tiempo "empezaron ellos a vivir juntos".

Finalmente, Abelardo Jaramillo Saldarriaga, quien por petición de Gómez Madrid fue el padrino de bautismo de William Castrillón, expresa que le consta directamente por haber sido vecino y muy amigo de Gómez que éste y Josefina "tuvieron relaciones maritales hace unos treinta años, más o menos".

3. La Corte, examinadas las declaraciones de que se acaba de hacer mérito, encuentra que la deducción del Tribunal, en lo atinente a las relaciones sexuales habidas entre Luis María Gómez y Josefina Castrillón por la época de la concepción del demandante, sacada con apoyo en ellas y en el acta del nacimiento respectivo, no es contraevidente con la realidad de los hechos que dichos testimonios exponen; que el sentenciador apreció esas declaraciones tal y como ellas obran en el proceso, sin atribuirles nada distinto de lo que ciertamente expresan; y que, consecuentemente no existe el error de hecho que denuncia la censura.

Tanto más es desechable el cargo si se considera que, según lo establece la Ley 75 de 1968, bajo cuya vigencia se instauró este proceso, quedaron suprimidos los requi-

sitos de estabilidad y notoriedad que para las relaciones sexuales determinantes de paternidad natural exigía la Ley 45 de 1936.

4. Y como la conclusión del Tribunal en punto de relaciones sexuales ha salido ilessa del ataque, innocuo resulta considerar la impugnación que la censura trae para las que el sentenciador sacó en torno a las otras dos presunciones de paternidad invocadas en la demanda, puesto que aun en el evento de resultar victoriosa, aquella conclusión sería suficiente para dar fundamento sólido a la sentencia, desde luego que para declarar judicialmente una paternidad natural basta que el juzgador encuentre demostrados los hechos básicos de una sola de las presunciones que la ley consagra al efecto.

El cargo resulta, pues, impróspero.

Cargo segundo

1. Textualmente está planteado así: "La sentencia violó los artículos 187, 232 y 250 del Código de Procedimiento por apreciación errónea y falta de apreciación de la prueba testifical con lo cual infringió indirectamente las disposiciones sustantivas sobre filiación natural, particularmente los artículos 92, 299, 387 del Código Civil y artículo 7º de la Ley 45 de 1936 y ordinales 4º, 5º y 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968".

Como prueba que a juicio del censor fue erróneamente apreciada por el Tribunal, aquél señala la declaración de María de J. Alvarez Meneses; y entre las pruebas no apreciadas por el sentenciador, el recurrente cita los testimonios de Guillermo Jaramillo, María Aurora Arias, Pablo Sierra y María Otilia Castaño.

2. Al desenvolver el cargo por el primer aspecto, afirma el censor que, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal, la constancia que con relación al testimonio de Alvarez Meneses se dejó, lo fue a instancia del demandante y no de la parte demandada. "Al considerar el sentenciador —dice— que esa constancia la acogió la parte demandada incurrió en error de hecho evidente: dar por demostrada una constancia o admisión inexistente, aparte de

que las pruebas testificales no están sujetas al crédito que le presten los justiciables".

Añade la censura que tampoco es cierto que se trate de un testimonio único, como lo afirma la sentencia, porque si es verdad que esta testigo "fue la única que declaró que Luis María Gómez se disgustaba cuando se le preguntaba si William Castrillón era su hijo, en otras aseveraciones semejantes, estrechamente afines, su testimonio se concilia y debe conciliarse con otros declarantes".

3. Desarrollando el cargo por el segundo aspecto, expresa el impugnador que otros testigos, entre los cuales cita a Guillermo Jaramillo Londoño, María Aurora Arias, Pablo Sierra y María Otilia Castaño, concordemente narran hechos de los cuales no puede inferirse la relación paternofamiliar que el sentenciador dio por existente entre Gómez Madrid y William Castrillón.

Apunta a continuación que "el Tribunal sólo examinó los testimonios de inculpación, los testimonios positivos, pero se abstuvo de valorar los testimonios de exculpación, los indicios de descargo"; y agrega que "en la misma forma que los indicios de inculpación al sumarse podrían constituir prueba fehaciente, con la misma lógica al sumarse los indicios de exculpación y las 'coincidencias' negativas, podría constituirse una probanza suficiente para establecer la equivoqueza, ambigüedad, dubitación, incertidumbre sobre las pruebas invocadas".

Se considera

Por cuanto este cargo es trasunto fiel del segundo que en su demanda formula a la sentencia del Tribunal la recurrente Mariana Gómez de Tobón, las razones que allá expuso la Corte para despacharlo negativamente, atinentes a los efectos del ataque fragmentario de las pruebas en las que el sentenciador apoyó su fallo, constituyen fundamento suficiente para que la censura que aquí se considera corra la misma suerte.

El cargo es, pues, ineficaz.

IV

Decisión

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 fecha cinco (5) de febrero de mil novecientos setenta y tres (1973) proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas del recurso a cargo de los recurrentes.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

*Germán Giraldo Zuluaga, Aurelto Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Es-
guerra Samper, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.*

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.



ALBACEA

(nulidad de su designación)

Error de hecho. — Administración de bienes herenciales. — El artículo 595 del Código de Procedimiento Civil es norma sustancial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., cinco de noviembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 27 de marzo del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este proceso ordinario instaurado por Hersilia Caldas de Tobón y otras frente a Nancy Piedrahita de Quijano y otras.

II

Antecedentes

1. Francisco José Caldas Idrobo, nacido en la población vallecaucana de Florida en mayo de 1876, contrajo matrimonio católico en la Iglesia Parroquial de esa misma ciudad el 11 de enero de 1908 con Josefina Antonia Piedrahita.

Dentro de esta unión los contrayentes procrearon los siguientes diez hijos: Hersilia, Hernando, Guillermo, Irma, Alicia, Darío, Mary, Mélida, Josefina y Doris, cuyos nacimientos ocurrieron respectivamente, el 26 de noviembre de 1908, el 19 de enero de 1910, abril de 1911, el 7 de abril de 1913, el 9 de junio de 1914, el 8 de julio de 1916, el 2 de diciembre de 1919, el 9 de febrero de 1924, el 9 de septiembre de 1930 y el 19 de diciembre de 1932.

2. Además de los anteriores, también son hijas de Caldas Idrobo, quien mediante es-

critura pública las reconoció como naturales suyas, María Francisca y María Alicia Caldas Arbeláez, procreadas por él con María de los Angeles Arbeláez Sarria.

3. Ante el Notario 4º de Cali Francisco José Caldas otorgó testamento cerrado el 3 de abril de 1968, cuyas disposiciones fundamentales son las siguientes:

a) Expresó que la mitad de su herencia, “una vez liquidada la sociedad conyugal”, se distribuyera entre sus hijos legítimos y naturales “en la proporción que les corresponde de acuerdo con la ley”;

b) Asignó la cuarta de mejoras, por iguales partes, a los hijos legítimos;

c) Dispuso que “el cincuenta por ciento de la cuarta de libre disposición” la adjudicaba, por iguales partes, a Carmen Nancy Piedrahita de Quijano y a María de los Angeles Arbeláez; y “el 50% restante, previa deducción de los gastos de mis funerales, lo asigno al albacea y al partidor, por iguales partes, para pagar sus correspondientes honorarios”;

d) Mediante la cláusula undécima de su memoria, el testador designó como albacea, “con tenencia y administración de bienes, a mi sobrina Carmen Nancy Piedrahita de Quijano”, expresando que ésta “ejercerá su cargo por todo el tiempo que dure mi juicio de sucesión o sean registradas las correspondientes hijuelas”; la exoneró del deber de prestar caución; y, finalmente, la facultó para delegar “en persona de su confianza alguna o algunas de sus funciones”.

4. Ocurrido el 14 de junio de 1968 el óbito de Caldas Idrobo, a instancia de Nancy Piedrahita de Quijano el Juzgado Doce Ci-

vil Municipal de Cali practicó las diligencias pertinentes para la apertura y publicación del testamento, las que una vez rituadas se protocolizaron en la Notaría 2ª de dicha ciudad mediante el otorgamiento de la escritura pública número 3741 de 15 de julio de 1968.

III

El litigio

1. Mediante libelo de 10 de abril de 1969, repartido al entonces Juzgado Once Civil Municipal de Cali, actuando como partícipes en la sucesión de Francisco J. Caldas y pidiendo para ésta y para la sociedad conyugal formada por él, Josefa o Josefina Antonia Piedrahita viuda de Caldas, como cónyuge sobreviviente, y sus hijos Hersilia Caldas de Tobón, Alicia Caldas de Barney, Mary Caldas de Madriñán, Doris Caldas de Espinosa, Mélida Caldas de Simmonds, Irma Caldas de Gómez, Guillermo, Darío, Hernando y Josefina Caldas Piedrahita demandaron a Nancy Piedrahita de Quijano, María de los Angeles Arbeláez, María Francisca y María Alicia Caldas Arbeláez y a Rodrigo Palau, a éste como cesionario de derechos herenciales, a fin de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que es nulo el nombramiento de albacea con tenencia de bienes que Francisco José Caldas le hizo a Nancy Piedrahita de Quijano, y por lo mismo, nula la cláusula undécima del testamento otorgado por aquél el 3 de abril de 1968, "todo en razón de que no podía el causante designar albacea con tenencia de bienes para administrar bienes de los cuales en vida era titular, pero que a su fallecimiento pasaban a ser bienes comunes por haber sido adquiridos durante la existencia de la sociedad conyugal Caldas-Piedrahita", y

b) Que, consecuentemente, se condene a la demandada Piedrahita de Quijano a restituir a los herederos de Caldas Idrobo y a su cónyuge sobreviviente, los bienes que actualmente administra como albacea, "pues pertenecen ellos a la citada sociedad conyugal".

Y en subsidio de las anteriores, solicitan los demandantes que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que la demandada Nancy Piedrahita de Quijano no tiene facultad para administrar, como albacea designada por el causante, los bienes que integran el acervo de la sociedad conyugal formada por éste con Josefa Antonia Piedrahita, "por tratarse de bienes comunes no sujetos al régimen del albaceazgo con tenencia de bienes, sino al de una comunidad cuya administración no puede ejercerse legalmente por una persona designada por solo uno de los comuneros, sin el consentimiento del otro";

b) Que, consecuentemente, se disponga que el cargo de albacea con tenencia y administración de bienes contenido en el testamento del causante, "sólo puede operar después de hecha la liquidación y partición de la sociedad conyugal... y únicamente sobre los bienes que de esa comunidad corresponden al citado causante"; y

c) Que el honorario fijado por el testador para remunerar los servicios del albacea designado, se debe pagar en proporción al tiempo en que éste los preste "real y legalmente como tal, descontando, por lo mismo, para esa fijación, todo el tiempo que medie entre el fallecimiento del señor Caldas, o entre la fecha en que la albacea Nancy Piedrahita de Quijano asumió el cargo, y la fecha en que de nuevo empiece a ejercerlo real y legalmente".

2. Además de los hechos que fluyen de los antecedentes relatados, los demandantes invocaron como fundamento de sus pretensiones los siguientes:

Que inmediatamente después de sucedida la muerte del testador, Nancy Piedrahita "asumió de hecho la posesión y administración" de todos los bienes que figuraban en cabeza del causante, no sólo de los que correspondían a éste sino también de los que por gananciales pertenecen a la cónyuge sobreviviente; que amparada en la calidad de albacea, aquélla retiró de los bancos de Cali los dineros que en cuenta corriente suya tenía Francisco José Caldas, con los que abrió cuenta a nombre de ella "que maneja en forma autónoma"; que en esa condición viene recibiendo mensualmente de la sociedad "Ingenio La Industria Ltda.", por concepto de renta del

arrendamiento de un predio de propiedad del causante, más de cien bultos de azúcar; y que el automóvil de reciente modelo que éste dedicaba para su uso personal lo ha empleado la albacea para su exclusivo servicio familiar, "negándose a guardarlo a pretexto de que lo necesita para atender la administración de los bienes de la sucesión".

3. En sus contestaciones al libelo incoativo del proceso las demandadas, luego de reconocer como ciertos los primeros seis hechos descritos en la demanda, referentes a las disposiciones testamentarias y a la muerte del testador, expresaron que los demás son impertinentes para la nulidad pedida, puesto que, dijeron, no pueden "invocarse como causales de nulidad del nombramiento de albacea hecho por el causante, hechos posteriores a la designación de albacea y al fallecimiento del testador".

Y después de oponerse expresamente a todas las peticiones formuladas por los demandantes, propusieron las excepciones que denominaron "ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandante", e "improcedencia de la acción o inepta demanda".

4. Surtido el trámite de la primera instancia del proceso el juzgado del conocimiento, que a la sazón lo era el Once Civil del Circuito de Cali, le puso fin con sentencia de 6 de septiembre de 1971, mediante la cual dispuso:

"Primero. Declárase que el nombramiento de albacea, hecho por el causante señor Francisco J. Caldas Idrobo en su testamento de fecha 30 de abril de 1968, otorgado ante el señor Notario Cuarto (4º) del Circuito de Cali, es nulo en cuanto con él se excluye de la administración de los bienes de la sociedad conyugal Caldas-Piedrahita a la cónyuge sobreviviente señora Josefa A. Piedrahita de Caldas, al confiar tal administración exclusivamente a la albacea con tenencia de bienes allí designada, señora Nancy Piedrahita de Quijano.

"Consecuencialmente, declárase que los bienes de esa sociedad conyugal, que actualmente administra la albacea señora Nancy Piedrahita de Quijano, debe entregarlos dicha señora a las personas en manos de quienes se encontraron tales bienes cuando la señora Piedrahita de Quijano asumió la

tenencia y administración de los mismos, entrega que hará dentro de los ocho días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, a fin de confiarlos luego a un secuestre si así lo solicita en tiempo oportuno la albacea o la cónyuge sobreviviente, ya nombradas.

"Segundo. Declárase que el honorario que por sus servicios como Albacea con tenencia de bienes debe pagarse a la señora Nancy Piedrahita de Quijano, se fijará por el funcionario competente sin sujeción a la cuantía o porcentaje asignado por el causante señor Francisco J. Caldas, en su testamento. A tal efecto, se tendrán en cuenta sólo los servicios real y legalmente prestados por ella, descontándose así el tiempo en que, de hecho, asumió dicha señora esa administración.

"Tercero. Con costas a cargo de la parte demandada".

5. Como efecto de la apelación interpuesta por la demandada Nancy Piedrahita de Quijano el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el que, por sentencia de 27 de marzo del presente año, revocó el fallo apelado y en su lugar denegó todas las peticiones de la demanda.

III

Motivación de la sentencia impugnada

1. Después de relatar los antecedentes del litigio y el desarrollo del trámite del proceso, capítulo en el cual advierte que durante el término probatorio de éste "se practicaron las que se ven de los cuadernos 2º y 3º", emprende el Tribunal las consideraciones de su sentencia.

Al efecto, luego de determinar las razones en que el a quo fundó su resolución anulatoria del nombramiento de albacea contenido en la cláusula once del testamento de Francisco José Caldas, reducidas en suma a que la designación fue hecha por uno de los socios para administrar bienes de la sociedad conyugal, asevera el ad quem, primeramente, que "por ninguna parte en el testamento aparece nombramiento de albacea para que administre la totalidad del patrimonio socio-conyugal". En apoyo de su aserto el Tribunal transcribe la correspondiente cláusula testamentaria.

ria y dice que en ella se empleó, "en cuanto a nombramiento de albacea, la fórmula de siempre, perfectamente clara, lógica y ajustada a la ley".

Aludiendo al contenido de dicha cláusula, expresa el *ad quem* que "no se ve, pues, de dónde saca el juzgado que aquél (alude al nombramiento) se hizo con una extensión más allá de lo legal cuando el testador se reduce a decir que designa su albacea, y fuera de asignarle tenencia de bienes que bien lo podía hacer, ni siquiera le especifica sus funciones, que consiguientemente han de ser las estrictamente legales. Y si su conclusión de nulidad —añade— la deduce no de la extensión que le diese el testador, sino de la que 'se le ha venido dando', pues simplemente está trastocando las cosas, igual que si se debiera declarar nulo un contrato cada vez que es mal interpretado o cada vez que es violado por uno de los contratantes".

2. Refiriéndose a la administración de los bienes de una sociedad conyugal disuelta, afirma el sentenciador de segundo grado que ella corresponde "a los dos comuneros, de un lado al cónyuge sobreviviente, y de otro al causante representado por los herederos o preferentemente, para estos efectos, por el albacea con tenencia de bienes"; y que, en caso de desacuerdo entre los interesados, debe hacerse por intermedio de un "administrador común o de un secuestre, cuyos nombramientos prevé la ley".

Observa a renglón seguido el Tribunal que el problema surgido en el presente caso por la administración de los bienes de la sociedad conyugal Caldas-Piedrahita, disuelta por la muerte del cónyuge, encuentra ahora adecuada solución en la preceptiva contenida en el artículo 595 del Código de Procedimiento Civil, la cual transcribe en su sentencia, afirmando que si bien este texto es nuevo como norma legal, mediante ella el legislador no hizo otra cosa que "recoger la jurisprudencia y la doctrina vigentes ya entonces" sobre el punto.

3. Conclusión de estas consideraciones es, para el Tribunal, la de que "no hay base para hacer las declaraciones principales pedidas; ni tampoco las subsidiarias".

Y en punto del cambio en la fijación de

honorarios del albacea que decretó el sentenciador a quo, afirma el Tribunal que esa resolución es ilegal por contrariar el texto del artículo 1359 del Código Civil, el cual preceptúa que "la remuneración del albacea será la que le haya señalado el testador"; y que para el caso presente éste dispuso en su memoria que su albacea llevaría, como remuneración, el 25% de la cuarta de libre disposición.

IV

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia antes extractada interpuso casación la parte demandante. En la demanda respectiva le formula dos cargos, ambos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y que la Corte procede a examinar en el orden en que aparecen propuestos.

Cargo primero

1. Mediante éste se denuncia el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos 2322, 1494, 2323, 2107, 2087, 1774, 1820, 1781, 1836, 1353, 1740, 1741, 1502, 1508, 1524, 1517, 1530, 575, 1532, 1537, 1538, 1539, 1540, 1541, 1542 y 1550 del Código Civil; 510, 511 del anterior Código de Comercio y 310 del actual; y los textos 8º, 34, 38 de la Ley 153 de 1887, 16 y 17 de la 95 de 1890, como consecuencia del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

2. Concretando el yerro fáctico que denuncia, dice el recurrente que en él incurrió el Tribunal por dos razones: primeramente, por no haber visto, y por ende por no haber apreciado en su sentencia, las copias de la diligencia de inventarios y avalúos producida en el proceso sucesorio de Caldas Idrobo, "de donde aparece que todos los bienes de dicha sucesión son sociales y que la denuncia de ellos fue hecha por la propia albacea"; la del auto por medio del cual se reconoció a Josefa Antonia Piedrahita de Caldas como interesada en la

sucesión, quien en su condición de cónyuge sobreviviente optó por gananciales; la del acta de posesión de la albacea; la de los autos de reconocimiento de herederos; y las partidas de matrimonio y defunción del causante. Y segundamente, por errónea apreciación de la cláusula del testamento de Francisco J. Caldas, mediante la cual éste designó albacea con tenencia de bienes.

En desenvolvimiento de la censura, asevera el recurrente que si el sentenciador hubiera tenido en cuenta las pruebas primeramente referidas "habría concluido que el causante, al designar albacea con tenencia de bienes, siendo sociales todos los bienes relictos, era para que administrara éstos, y no otros que no existían, o sea 'la totalidad del patrimonio socio-conyugal', por donde habría visto que la extensión del encargo la dio el causante y nadie más que él".

3. Pasa en seguida el acusador a puntualizar las violaciones de la ley sustancial que denuncia en el planteamiento del cargo.

En esta tarea, comienza por extraer el contenido de los artículos 1774, 1781, 1820, 2107, 2322, 2323 del Código Civil; 510 y 511 del Código de Comercio anterior y 310 del actual, en cuanto dichas normas aluden a la constitución de la sociedad conyugal, la integración y administración de este patrimonio común, para afirmar luego que se trata de disposiciones que, "unas directamente y otras por analogía, debían aplicarse al caso de autos por disposición expresa, esto último, del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que también se violó al dejarse de aplicar".

Continuando en esta labor, el impugnante alude extensamente al contenido de los artículos 1353 y 1836 del Código Civil, normas que también considera infringidas por inaplicación, preguntándose que "si el albacea no representa al causante ni a los herederos, de dónde se saca que antes de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil y aún después de su vigencia, el albacea con tenencia de bienes representa al causante para efectos de la administración de bienes socio-conyugales?" Y ensayando una respuesta a su interrogante, dice al punto que "antes de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil no

podía el causante nombrar albacea con tenencia de bienes que habrían de ser bienes sociales, porque no estaba previsto que el albacea pudiera en tal caso administrar todos los bienes de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, como tampoco que en representación de los herederos, que son los que tienen la posesión legal de los bienes de la sucesión desde que ella se defiende, pudiera tal albacea administrar aquellos bienes junto con el cónyuge sobreviviente".

De lo cual concluye que Caldas Idrobo "no nombró, pues, un coadministrador de bienes, sino un administrador de todos los bienes de que era titular en vida y que pasaron a ser, a su fallecimiento, bienes sociales. Ese cargo no podía ejercerlo el albacea, y ni siquiera con la nueva modalidad creada con el artículo 595 del Código de Procedimiento Civil podría desempeñarlo, junto con el cónyuge sobreviviente, sobre derechos que el causante hubiera tenido en otras sociedades, puesto que la representación que se le dio por la nueva creación legal al albacea, fue sólo respecto a la administración de los bienes de la sociedad conyugal, que no estuvieran en indivisión con otras personas o fueran derechos o acciones en otras sociedades".

4. Con cita de los artículos 1502, 1517 y 1524 del Código Civil, dice el recurrente que al designar Caldas Idrobo albacea con tenencia de bienes, "suyos cuando testó y sociales a su fallecimiento, estaba celebrando un acto que carecía de causa y de objeto ya que esos bienes serían sociales, y así la albacea no podría administrarlos, no podría asumir la tenencia de ellos"; que, de otra parte, según el artículo 1508 *ibidem*, dicho nombramiento fue el producto del error que padeció el testador al hacerlo, "no sólo sobre el objeto del acto sino también sobre la existencia de la causa"; y que si el Tribunal hubiera acatado todos estos preceptos habría llegado, como consecuencia, a aplicar los artículos 1740 y 1741 de la misma obra declarando la nulidad solicitada.

En seguida el censor se refiere a los artículos 1530, 1532, 1537, 1538, 1539, 1540, 1541, 1542 y 1550 del Código Civil.

Y después de extraer el contenido de estas normas regulativas de las obligaciones condicionales, asevera que "de las razones ya expuestas se evidencia que era una

condición positiva-suspensiva, potestativa, tácita y necesaria para la vigencia jurídica de la especie de mandato que el causante le confería a Nancy Piedrahita de Quijano al designarla albacea con tenencia de bienes, que ella aceptara el cargo y lo ejerciera en la integridad de su objeto, o sea que administrara todos los bienes relictos. Y como de esta manera no podía ejercerlo por las razones ya vistas, la imposibilidad jurídica de hacerlo era entonces el acontecimiento futuro-administración total que no podía suceder", por lo que, remata el impugnador, se trata de una condición jurídica y físicamente imposible.

5. Finalizando la formulación del cargo, dice el impugnador que "es indudable que el causante, al nombrar a Nancy Piedrahita de Quijano albacea con tenencia de bienes, entendió que ella administraría todos los bienes de que él era titular, y que pasaron luego a ser bienes sociales. Ni siquiera —agrega la censura—, fácil es colegirlo, puede decirse que pensó que esos bienes los administraría dicha señora, de consuno con el cónyuge sobreviviente, y es también exacto que la propia albacea entendió y ha entendido, como lo más racional para ella, como para el testador, que ella administraría como albacea todos aquellos bienes".

Se considera

1. Exhaustivamente lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte que la impugnación por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto una prueba que no obra en los autos o ha ignorado la presencia de la que sí está en ellos, hipótesis éstas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición); y que es preciso que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el Tribunal por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba.

Y como para que este error tenga trascendencia en casación se requiere que sea la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal, se impone afirmar que no es posible sustentar ataque a

la sentencia con fundamento en error de hecho en la apreciación de los medios de prueba, cuando el fallador parte de la base de la presencia de ellos en el proceso, pero no los estima por considerarlos inconducentes o ineficaces.

2. No es exacto que el Tribunal no hubiera visto la copia de la diligencia de inventarios y avalúos del proceso sucesorio de Caldas Idrobo; ni la de los autos de reconocimiento de interesados en él; ni el acta de posesión del albacea; ni las correspondientes al matrimonio y defunción del causante. Al contrario de lo que afirma el recurrente, en la primera parte de su providencia el sentenciador advierte que en el proceso, en cuanto a pruebas "se practicaron las que se ven de los cuadernos 2º y 3º", que es en donde reposan las que el censor considera no apreciadas; además el razonamiento del ad quem, para arribar a la conclusión a que llega, parte del hecho de que no puede deducirse la nulidad del nombramiento de albacea "de la extensión que se le ha venido dando", porque, dice, ello equivaldría a que "se debiera declarar nulo un contrato cada vez que es mal interpretado o cada vez que es violado por uno de los contratantes".

No es, pues, que el sentenciador hubiera dejado de ver en su integridad los medios probatorios, cuyo olvido le imputa la censura; sino que esos medios, tal como obran en el proceso, no le demostraban, por referirse a hechos posteriores a la muerte del causante, vicio de nulidad en la cláusula del testamento, referente al nombramiento de albacea.

Y como, según lo ha dicho también la doctrina de la Corte, no se presume el desconocimiento de una prueba por el sentenciador, cuando sus conclusiones no pugnan con el tratamiento o estimación que a las mismas ha debido darse, en el presente caso no puede imputarse al Tribunal desconocimiento de las pruebas referidas, puesto que ellas, dados los hechos que tienden a demostrar, no podían tomarse por el juzgador para deducir invalidez del nombramiento del albacea.

3. Analizando la cláusula undécima del testamento, según la cual Caldas Idrobo designó como su albacea "con tenencia y administración de bienes, a mi sobrina Nan-

cy Piedrahita de Quijano", dijo el sentenciador que "por ninguna parte en el testamento aparece nombramiento de albacea para que administre la totalidad del patrimonio socio-conyugal"; y agregó, refiriéndose a dicha disposición, que mediante ella el testador empleó "la fórmula de siempre, perfectamente clara, lógica y ajustada a la ley".

La Corte, al examinar el contexto de la cláusula a que se ha hecho mérito y cotejarlo con las deducciones que al respecto sacó el Tribunal, no encuentra que éste le haya hecho decir a la disposición testamentaria lo que ella no expresa, o que haya ignorado lo que la misma afirma, ni muchísimo menos que sea arbitraria la conclusión a que llegó el *ad quem* al interpretarla.

Para que el Tribunal, en la interpretación que dio a la referida cláusula, hubiera incurrido en el error de hecho evidente que le endilga la censura, habría sido indispensable que en ella apareciera consignada expresamente la disposición del testador en el sentido de que el albacea nombrado tuviera la administración de los bienes suyos y la exclusiva de los que formaban la sociedad conyugal. Pero como tal estipulación expresa no aparece en ninguna de las frases que forman el texto de dicha cláusula, ni en otra alguna de la memoria testamentaria, se impone aceptar que la conclusión a que llegó el sentenciador en la determinación de su alcance, no es contraria a la objetividad que el testamento demuestra.

4. No encuentra pues la Corte, en parte alguna, los errores de hecho que el recurrente le atribuye al Tribunal en la apreciación de las pruebas aducidas al proceso; y en esa virtud no hay base para estudiar si las normas de derecho sustancial a que el censor se refiere como infringidas por inaplicación, como consecuencia de los yerrores fácticos alegados, fueron violadas o no por el sentenciador.

El cargo es, pues, infundado.

Cargo segundo

1. En éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 575, 1335, 1352, 1359, 1367, 1540, 1541, 1542 y 1836 del Código Civil; 595, 598 y 599 del

Código de Procedimiento Civil; 4º, 5º, 8º, 26 y 38 de la Ley 153 de 1887.

2. Para desarrollar esta censura, el casacionista transcribe, en primer lugar, el aparte de la sentencia en el cual el *ad quem* alude al procedimiento que para administrar la herencia consagra el artículo 595 del actual Código de Procedimiento Civil. Refiriéndose a dicho precepto, afirma el censor que él, "de convalidar situaciones como la que se discute en este negocio, sería aplicable al resolver la petición subsidiaria, en donde, precisamente, pedí que se declare que la albacea con tenencia de bienes, no tiene facultad legal para administrar (por sí sola) en esa calidad, los bienes de la sociedad conyugal a que he hecho mérito".

Añade que el sentenciador estaba obligado "a acomodar la solicitud subsidiaria de la demanda" a la preceptiva contenida en la anterior disposición, puesto que ella, que no se había promulgado cuando se inició el presente proceso, prevé la administración dual de los bienes de la sociedad conyugal, entre albacea con tenencia de bienes y cónyuge sobreviviente, "el hecho nuevo de la existencia del artículo 595" debió tenerse en cuenta de oficio por el Tribunal.

3. Refiriéndose al artículo 1335 del Código Civil, según el cual la dimisión del cargo de albacea, con causa legítima, lo priva sólo de una parte proporcionada de la asignación que se le haya hecho en recompensa del servicio, dice el censor que armonizando este precepto con el 595 del Código de Procedimiento Civil, dan base para reducir los honorarios del albacea.

Añade que el sentenciador debió aplicar en este caso aquella norma, "por analogía, pues eso previene el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 que también violó por falta de aplicación y el artículo 4º de la misma ley, que violó por el mismo motivo, y que ordena aplicar los principios de derecho natural; y es bien claro que del artículo 1335 se desprende el principio atinente a que no es lícito el enriquecimiento sin causa".

Con cita de los artículos 575 y 1352 *ibídem*, normas que el censor también estima infringidas por inaplicación, dice que el albacea es un curador; que, por consiguiente, en el supuesto de que el artículo 595 antecitado convalidara el cargo conferido a Nancy Piedrahita de Quijano, su remuneración

“no podrá ser en ningún caso en la cuantía señalada por el testador sino la que, proporcionada a su gestión le corresponda. Es de elemental equidad que si la albacea es asesorada por un coadministrador (el cónyuge sobreviviente); si comparte con otra persona esa administración o es reemplazada por un secuestre, a quien también se le deberá remunerar por sus servicios, no debe pagársele la totalidad de la asignación que en casos como el presente le haya fijado el testador, sino una cantidad proporcionada a su gestión”.

4. Continuando el desenvolvimiento del cargo, estima el impugnador, y así lo expresa, que como en este caso no se causó la totalidad del honorario asignado por el testador al albacea, en razón a que éste fue designado para administrar bienes que no son de la herencia, “ello equivale a falta de señalamiento de esa remuneración; y era aplicable entonces pero no se aplicó el inciso segundo del mismo artículo 1359, según el cual cuando el testador no hubiere señalado remuneración, corresponde al juez regularla “tomando en consideración el caudal y lo más o menos laborioso del cargo”.

Rematando la formulación de esta censura, expresa el recurrente que ha debido aplicarse para decidir la petición correspondiente el artículo 599 del Código de Procedimiento Civil, según el cual cuando el testador no hubiere señalado los honorarios del albacea, “el juez ante quien se rindan las cuentas, los regulará en la providencia que las apruebe”, puesto que el “no poder recibir el albacea todo el honorario asignado, es igual, desde el punto de vista práctico y de los principios, a que no se le hubiese hecho esa asignación y se debe entonces regular tal honorario”.

Se considera

1. Siguiendo los lineamientos generales del Código Civil y la doctrina jurisprudencial en el punto, el legislador colombiano de 1970, mediante el artículo 595 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, reglamentó la administración de los bienes herenciales y de los de la sociedad conyugal, desde la apertura del proceso de sucesión, hasta cuando se ejecutorie la sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación.

Las reglas que al respecto contiene dicho precepto son las siguientes:

a) La administración de los bienes hereditarios corresponde al albacea con tenencia de bienes, que haya aceptado el cargo; b) Existiendo sociedad conyugal disuelta e ilíquida, el albacea con tenencia de bienes, conjuntamente con el cónyuge sobreviviente, tiene la administración de los que integren la sociedad conyugal; c) A falta de tal albacea, la administración corresponde a todos los herederos, junto con el cónyuge si la sociedad conyugal está ilíquida; d) En caso de discordia entre el cónyuge y el albacea sobre la administración de los bienes sociales, cualquiera de ellos puede pedir el secuestro de éstos, y e) Si surgen diferencias respecto al manejo de los bienes entre los varios herederos, o entre éstos y el cónyuge supérstite, cuando no hay albacea con tenencia, cualquiera de aquéllos o el cónyuge puede optar por uno de estos dos caminos: 1º Pedir al juez que tramita la mortuoria que resuelva tales discrepancias, el que debe decidir la solicitud mediante auto proferido “de plano si no hubiere hechos que probar o mediante incidente en caso contrario”, y 2º Solicitar a dicho juez que decrete y practique el secuestro definitivo de los bienes.

2. Por cuanto al precitado artículo 595 del Código de Procedimiento Civil consagra derechos y obligaciones para los sujetos interesados en la mortuoria, en materia de la administración de los bienes herenciales y de los de la sociedad conyugal, procede afirmar que es norma de naturaleza sustancial y, por ende que su violación da base para atacar en casación la sentencia de instancia con apoyo en la causal primera.

Mas, como el quebranto de una norma sustancial, en la especie de falta de aplicación, sólo ocurre cuando no se hace obrar el precepto pertinente en el caso controvertido, debe seguirse que el dicho texto 595, sin embargo de encontrarse ya vigente cuando en este negocio se pronunció la sentencia impugnada, no correspondía hacerlo actuar en ella porque tal norma no regía aún cuando se trabó la relación jurídico-procesal. Por consiguiente, no puede decirse que el Tribunal en su sentencia quebrantó por inaplicación dicho precepto.

3. Para denegar la pretensión concerniente a la reducción del honorario fijado por el testador para el albacea, el Tribunal se basó en que de acuerdo con lo estatuido por el artículo 1359 del Código Civil el juez sólo puede regular esta remuneración cuando el testador no la haya señalado; y en que en el caso *sub judice* no falta ese presupuesto, desde luego que la memoria testamentaria de Caldas Idrobo contiene claramente esa disposición, a la que reconoce plena eficacia.

De la sola lectura del cargo en estudio se advierte que, a pesar de venir formulada la correspondiente censura por violación directa, su sustentación arranca de que el censor estima que el Tribunal no dio por establecido, estándolo, que el nombramiento del albacea lo hizo el testador para administrar no sólo los bienes herenciales sino también los de la sociedad conyugal; que como en estas condiciones no se causó la totalidad del honorario fijado por el testador, "ello equivale a falta de señalamiento de esa remuneración, y era aplicable entonces el inciso segundo del mismo artículo 1359". Es decir, que en este aspecto el cargo viene edificado sobre presuntos errores de orden probatorio, sustentación que pone de presente que no se trataría de la violación directa sino de la indirecta de la ley sustancial.

Por consiguiente, el cargo ha debido formularse por esta última vía, invocando errores del sentenciador en la apreciación de las pertinentes cláusulas del testamento, lo que no hizo el recurrente.

El cargo resulta, pues, ineficaz.

V

Decisión

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 fecha veintisiete (27) de marzo del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Insértese en la Gaceta Judicial.

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Esquerro Samper, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.



REIVINDICACION

Nulidad del proceso: son distintas la capacidad procesal o legitimatio ad processum y la legitimación en la causa o legitimatio ad causam. — Nulidad por trámite inadecuado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., diecinueve de noviembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado Julio César Serna Granada contra la sentencia de 10 de mayo pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia en el proceso ordinario instaurado por Oscar Roldán Sánchez y Miguel Ramírez Ramírez frente al recurrente y otra.

II

El litigio

1. Mediante escrito de 4 de mayo de 1972, que en repartimiento correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia, los citados Oscar Roldán Sánchez y Miguel Ramírez Ramírez demandaron a Julio César Serna Granada y a Mariela Arredondo Galeano, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que los demandantes son los dueños absolutos, en la proporción de $\frac{3}{4}$ partes para el primero y $\frac{1}{4}$ parte para el segundo, del inmueble números 13-02/30 de la carrera 16 de Armenia y 16-01/07 de la calle 13, ubicado en el barrio San Francisco de esa ciudad, compuesto por el lote de terreno y la casa en él edificada, demarcado todo el inmueble por las alindaciones que en la demanda se consignan;

b) Que, consecuencialmente, se condene al demandado Serna Granada a restituirles, dentro del término de ejecutoria de la sentencia, el predio especialmente descrito;

c) Que el mismo demandado, como poseedor de mala fe que es, está obligado a restituirles también el valor de los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble durante todo el tiempo que lo ha ocupado, y no solamente los percibidos sino los que sus dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, junto con el costo de las reparaciones que fueren necesarias en el predio;

d) Que los demandantes no están obligados a indemnizar a este demandado las expensas necesarias, ni a pagarle la inversión en mejoras puestas en el fundo, y

e) Que se condene igualmente al mismo demandado a pagar las costas procesales.

En subsidio de los anteriores pedimentos, solicitan los demandantes que se declare que Mariela Arredondo Galeano está en la obligación de sanear la evicción que éstos sufrieron por la pérdida total de la cosa a ella comprada, saneamiento que debe comprender especialmente los aspectos "determinados por el artículo 1904 del Código Civil".

2. Los hechos que los demandantes invocaron como fundamento de sus pretensiones pueden sintetizarse así:

a) Mediante la escritura pública número 968 de 22 de noviembre de 1971, otorgada en la Notaría Primera de Armenia e inscrita en el Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esa ciudad el 25 siguiente, Oscar Roldán Sánchez y Miguel Ramírez Ramírez, adquirieron, por compra que hicieron a Mariela Arredondo Galeano, el do-

minio de un inmueble urbano, "constituido por un lote de terreno mejorado con casa de habitación de dos pisos, ubicado en la ciudad de Armenia, en el barrio San Francisco, en el cruce de la calle 13 con la carrera 16, números 16-01/07 por la calle y 13-02/30 por la carrera, constante de siete (7) metros con veinte (20) centímetros por la calle 13, de frente, y catorce (14) metros con cuarenta (40) centímetros por la carrera 16, de centro, matriculado en el catastro con la ficha número 2-12-9 y comprendido por los siguientes linderos: Por el frente con la calle trece (13); por un costado con la carrera diez y seis (16); por el otro costado con predio de Carmen Gaviria, y por el centro con predio de Ernesto Zuluaga, antes de la vendedora";

b) La tradente Arredondo Galeano había adquirido el inmueble por ella vendido así: la mitad por permuta ajustada con Honorio Alvarez Zuluaga el 25 de abril de 1968, según escritura número 347 otorgada en esa fecha en la Notaría Primera de Armenia; y la otra mitad por compra que hizo a Antonio Alpidio Echeverri en 1968, según escritura número 903 de 21 de octubre de dicho año, pasada también ante el Notario Primero de dicha ciudad;

c) Honorio Alvarez Zuluaga, quien mediante la citada escritura 347 de abril de 1968 enajenó el inmueble, por partes iguales, a Arredondo Galeano y Alpidio Echeverri, lo había adquirido por compra hecha a Joaquín Elías Buitrago y Lucila Echavarría de Peña, según escritura número 618 de 21 de mayo de 1964, otorgada en la Notaría Segunda de dicha ciudad; quienes por su parte lo habían adquirido por adjudicación que se les hizo en el proceso sucesorio de Juan de la Rosa Nieto Jaramillo, que fue dueño del inmueble por haberlo rematado en abril de 1957 dentro del proceso hipotecario que siguió contra Gabriel A. Gallego;

d) Los demandantes, quienes adquirieron la propiedad del bien de quien entonces era su legítima dueña, no lo han enajenado y por tanto hoy se encuentra vigente el registro de su título de adquisición;

e) El 24 de septiembre de 1970 Antonio Alpidio Echeverri y Julio César Serna Granada, mediante documento otorgado en esa fecha, acordaron un contrato de promesa de permuta, por virtud del cual aquél se

comprometió a transferir a éste el dominio del inmueble ya descrito, a cambio del camión marca "Dodge" modelo 1960. Desde entonces los prometieses permutantes se hicieron, según lo expresa el documento respectivo, "entrega recíproca del inmueble y del vehículo, con todas las acciones legales consiguientes y quedando obligados a salir al saneamiento en todos los casos y términos de la ley";

f) Dentro del proceso ejecutivo seguido por Silvio Jaramillo contra Mariela Arredondo Galeano se secuestró, como de propiedad de la ejecutada, el mismo inmueble atrás referido y especificado; entonces Serna Granada propuso incidente de levantamiento de secuestro del predio alegando ser su poseedor material, cuya entrega la obtuvo a la postre, puesto que como efecto del desistimiento de la acción ejecutiva el juzgado de la causa dispuso que "las cosas volvieran al estado que tenían al momento de la presentación de la demanda, o sea, que se restituyó a Julio César Serna Granada la posesión del inmueble";

g) Los demandantes —dice la demanda en el hecho séptimo— "están privados de la posesión material del inmueble materia de esta acción, la cual la tiene actualmente" el demandado, pues a raíz de la promesa de permuta celebrada por él con Alpidio Echeverri éste le hizo entrega del fundo;

h) Serna Granada, según lo expresan los demandantes en el hecho noveno de su demanda, "es poseedor de mala fe, pues es apenas obvio que quien pretende adquirir un bien inmueble, en dominio pleno o en posesión se informe o indague suficientemente sobre el derecho que asiste a su causante; y aún más, cuando Julio César Serna Granada intervino como articulante en el proceso ejecutivo de Silvio Jaramillo contra Mariela Arredondo, forzosamente tuvo que informarse que su causahabiente carecía de todo derecho sobre el inmueble";

i) El uso del predio por el demandado desde septiembre de 1970 ha causado en él daños que es preciso reparar, cuyo costo debe pagar a sus demandantes, y

j) La demandada Arredondo Galeano está obligada a responderle a los demandantes por la pérdida de la cosa vendida, puesto que la evicción fue el resultado "de un proceso judicial iniciado con anterioridad

a su adquisición y del que no fueron informados”.

3. En sus contestaciones a la demanda los dos demandados asumieron diferentes posiciones, así:

a) Mariela Arredondo se opuso a las súplicas deducidas contra ella en la demanda incoativa del proceso, porque “no tienen consistencia o piso jurídico”; aceptó, sin embargo, que ella, como única dueña del inmueble, lo había enajenado a los demandantes desde noviembre de 1971; y que, por consiguiente, su codemandado Serna Granada “tiene una posesión viciosa al derivarla de una promesa de compraventa cuyo prometiende vendedor no era dueño o titular de lo prometido”.

Finalmente propuso la excepción previa de trámite inadecuado, la que hizo consistir en que persiguiéndose aquí la entrega de la cosa enajenada procedía seguir un proceso abreviado y no el ordinario.

b) Julio César Serna Granada se opuso también a las pretensiones de los demandantes, porque, dijo, el contrato de compraventa de donde éstos pretenden derivar sus derechos no tuvo cabal ejecución, especialmente en la obligación de entrega del bien por la vendedora a los compradores; afirmó que la posesión del inmueble la ha tenido él “antes y después de la compraventa referida, por haberlo adquirido de buena fe y a justo título (alude a la promesa de permuta), así éste no se hubiera llegado a formalizar mediante el título escriturario debidamente registrado”. Propuso las excepciones que denominó “falta de personería sustantiva de la parte demandante y la genérica”.

4. En esa misma oportunidad, apoyándose jurídicamente en lo estatuido por los artículos 54 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, este demandado denunció el pleito contra él promovido a Antonio Alpidio Echeverri, de quien había recibido el inmueble en virtud del contrato de promesa de permutación contenido en documento de 24 de septiembre de 1970.

Luego de citado, el denunciado advino al proceso negando los hechos invocados por los demandantes y oponiéndose a las súplicas por ellos impetradas en frente de su denunciante.

Refiriéndose al contrato de promesa en

que el juzgado se apoyó para aceptar la denuncia, expresó Echeverri que ciertamente lo había pactado en esa fecha; que “no vendió, sino que prometió transferir a título de permuta” en favor de Serna Granada el inmueble; y que si “es verdad que por la fecha del citado documento no era el dueño del inmueble, tenía la posibilidad de adquirirlo para cumplir lo prometido, para el caso de que el señor Serna le cumpliera lo pactado”.

5. Surtido el trámite de la primera instancia del proceso el juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 15 de diciembre de 1972, cuya parte resolutive es del siguiente tenor:

“Primero. Pertenece a los señores Oscar Roldán Sánchez y Miguel Ramírez Ramírez el dominio pleno del inmueble urbano constituido por un lote de terreno mejorado con casa de habitación de dos pisos, ubicado en el área urbana de esta ciudad, en el barrio San Francisco, en el cruce de la Calle 13 con la carrera 16 números 16-01/07 por la calle y 13-02/30 por la carrera, constante de siete (7) metros con veinte (20) centímetros por la calle 13 de frente, y catorce (14) metros con cuarenta (40) centímetros por la carrera 16 de centro, matriculado en el Catastro con la ficha número 2-12-9 y comprendido por los siguientes linderos: Por el frente, con la calle trece (13); por un costado, con la carrera dieciséis (16); por el otro costado con predio de Carmen Gaviria, y por el centro, con predio, hoy, de Ernesto Zuluaga, antes de la vendedora, en la proporción señalada en la escritura número 968 de 22 de noviembre de 1971 de la Notaría Primera de esta ciudad.

“Segundo. Como consecuencia, condénase al demandado Julio César Serna Granada a restituir a sus propietarios el inmueble señalado en el numeral anterior, en el término de ejecutoria de esta providencia.

“Tercero. Condénase al demandado Julio César Serna Granada a pagar a los demandantes dentro del término de ejecutoria de esta providencia, la suma de \$ 14.000.00 por concepto de frutos civiles producidos por el inmueble materia del litigio en el tiempo que lleva poseyéndolo, la que se repartirá proporcionalmente a las cuotas que tienen sobre el inmueble.

"Cuarto. Cancélase la inscripción de la demanda, para lo cual oficiase a la oficina respectiva.

"Quinto. Absuélvase a los demás demandados de todos los cargos que se les formuló en este proceso.

"Sexto. Condénase al demandado Julio César Serna Granada al pago de las costas que se hubieren causado en favor de todos los demás intervinientes, en este proceso".

6. Por apelación interpuesta por el demandado Serna Granada el negocio subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, el que, en sentencia de 10 de mayo del presente año, confirmó el fallo apelado, haciéndole las siguientes modificaciones: amplió la condenación por razón de frutos a la suma de \$ 24.000.00; se inhibió para pronunciarse en relación con la denuncia del pleito; declaró no probadas las excepciones propuestas por el demandado Serna Granada; y dispuso que la condena en costas "no se entenderá hecha en favor de Mariela Arredondo Galeano".

III

Motivación del fallo impugnado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de relacionar el desarrollo del proceso, hace el Tribunal las siguientes tres observaciones previas:

a) Que como los demandantes, en su carácter de compradores del inmueble, estaban asistidos de la facultad legal de denunciar a su vendedora el pleito por ellos promovido a efecto de obtener su reivindicación, resulta improcedente la pretensión de saneamiento por evicción que en su demanda deducen subsidiariamente; pero que, agrega el sentenciador *ad quem*, "esta anomalía con todo, en el sub lite no tiene incidencia, puesto que en principio se dan los requisitos de acumulación que exige el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil toda vez que el juez tiene competencia para conocer de las pretensiones acumuladas, fueron propuestas como principal y subsidiaria y el trámite es uno mismo, la vía ordinaria";

b) Que también es improcedente la denuncia del pleito hecha a Alpidio Echeverri por el demandado Serna Granada, porque

tal derecho sólo lo otorga la ley al comprador, carácter que en el caso presente no tiene el denunciante, desde luego que únicamente invoca como título un contrato de promesa de permuta del inmueble materia de la reivindicación, y

c) Que al omitirse el traslado a los demandantes del escrito mediante el cual se propusieron las excepciones de mérito, se les privó del derecho de pedir pruebas adicionales, irregularidad que estructura la nulidad procesal prevista en el numeral 6 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil; la cual sin embargo, dice la sentencia, "hay que entender que quedó saneada toda vez que la parte que podía alegarla no la alegó oportunamente".

2. Acomete en seguida el Tribunal el estudio de la acción reivindicatoria que encuentra deducida principalmente en la demanda; y después de enunciar los cuatro presupuestos esenciales que la estructuran según la jurisprudencia nacional, emprende el análisis de las pruebas aducidas al efecto, para concluir, con base en ellas, que como en el presente caso tales requisitos se encuentran justificados, la sentencia del a quo en el punto debe mantenerse.

En la labor ponderativa de las pruebas, el sentenciador considera primeramente las escrituras números 968 de 22 de noviembre de 1961, mediante la cual los demandantes compraron a Mariela Arredondo el inmueble cuya reivindicación pretenden; las números 618 de 21 de mayo de 1964; 347 de 25 de abril de 1968, 903 de 21 de octubre del mismo año, otorgadas todas en la Notaría Primera de Armenia, mediante las cuales la propiedad del predio fue pasando sucesivamente del patrimonio de Joaquín Elías Buitrago y Lucila Echavarría de Peña al de Honorio Alvarez, del de éste al de Antonio Alpidio Echeverri y luego al de la tradente de los demandantes; y los certificados números 1006 y 3647, expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos de Armenia. Expresa que todos estos documentos, los que el *ad quem* estima oportuna y legalmente aportados al proceso, justifican el dominio que los actores afirman tener sobre el inmueble materia de la controversia.

En lo que respecta al factor de la posesión material del predio por parte del

demandado Serna Granada, lo da por establecido el Tribunal, en primer lugar, con la confesión que aquél hizo por boca de su apoderado judicial al contestar el hecho sexto de la demanda, la que tiene validez según lo preceptuado por el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil; en segundo término, con el documento contentivo de la promesa de permuta celebrada por él con Antonio Alpidio Echeverri, en el cual se expresó que desde el 24 de septiembre de 1970 éste le hizo entrega del inmueble a aquél; y, finalmente, con la copia de la diligencia de entrega del fundo que en el proceso ejecutivo de Silvio Jaramillo contra Mariela Arredondo hizo el Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia a Julio César Serna Granada, en febrero de 1972.

Y en lo atinente al presupuesto de la identidad entre el bien especificado en la demanda y el que es poseído por el demandado, el sentenciador, acogiendo en el punto lo expresado en la sentencia de primera instancia, advierte que se establece con la comprobación que hizo el juez a quo en la diligencia de inspección judicial, practicada el 4 de octubre de 1972.

3. Estima el Tribunal que como el demandado Serna Granada es poseedor de mala fe del inmueble, debe restituir los frutos producidos por éste desde el 10 de febrero de 1972, fecha en que entró a ocuparlo.

Al respecto asevera que dicho demandado "no se halla amparado por la presunción de buena fe que consagra el artículo 769 del Código Civil, por cuanto el título originario de su posesión no fue un título traslativo de dominio por no tratarse de un contrato de venta o de permuta pues el documento de 24 de septiembre de 1970 solamente se refiere a una promesa de permuta y sabido es que la promesa de contrato solamente genera para los contratantes obligación de hacer, por lo cual no puede el demandado alegar que la promesa le haya trasladado siquiera putativamente el dominio del inmueble objeto del contrato".

Orientado por este razonamiento, dice el Tribunal que como según el dictamen de los peritos Víctor Palacios y César Hoyos Salazar, peritaje que considera atendible dados sus fundamentos, la calidad de los

expertos y porque además no fue objeto, el inmueble produjo una renta mensual de \$ 1.600.00, el demandado debe pagar a los demandantes por este aspecto la suma de \$ 24.000.00 que es la causada hasta la fecha de su sentencia, "sin perjuicio de que siga debiendo los cánones que se causen hasta la entrega real del inmueble".

4. Observa finalmente que como el título de dominio presentado por los demandantes es válido, las excepciones propuestas por Serna Granada "carecen totalmente de fundamento"; que por ser improcedente la denuncia del pleito hecha a Alpidio Echeverri por Serna Granada "no es el caso de resolver sobre las relaciones que entre ellos se originaron de tal vinculación y quedan los signantes en libertad de agotar otras vías para definir sus derechos"; y, por último, que la demandada Arredondo Galeano "no tiene por qué quedar favorecida con la condena en costas" que se hizo en el fallo apelado.

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandado Julio César Serna Granada. En la demanda respectiva le formula cinco cargos: el 3º y el 4º con fundamento en la causal quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y los tres restantes dentro del ámbito de la primera.

Por exigirlo así el despacho lógico de los mismos, la Corte estudia en primer lugar los cargos que acusan errores in procedendo (nulidad de la actuación), pues en el supuesto de prosperar alguno de éstos se haría innecesario el examen de los que recaen sobre errores in iudicando.

A. Censuras fundadas en la causal quinta

Cargo tercero

1. Estima el censor que el proceso se halla viciado de nulidad, según lo previsto en el numeral 7 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, porque en él, dice el recurrente, es indebida la represen-

tación de la parte demandada, desde luego que si Serna Granada es mero tenedor y no poseedor del predio litigado no puede dirigirse contra él la demanda de reivindicación.

2. En desarrollo del cargo, asevera el censor que si la promesa de permuta dio al demandado el carácter de mero tenedor del inmueble que le fue entregado en virtud de ella, "falló uno de los presupuestos de la acción reivindicatoria, cual es la posesión material, con ánimo de señor y dueño"; y que por consiguiente el Tribunal, al dictar sentencia condenatoria, infringió el numeral 7 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

Se detiene luego el recurrente en consideraciones relacionadas con algunos medios de prueba, para inferir que el ánimo de señor y dueño "no podía deducirse —como lo dedujo el Tribunal—, toda vez que obraba en los autos el contrato de promesa de permuta que hacía de Julio César Serna, en virtud de lo dispuesto por el artículo 775 del Código Civil y la reiterada doctrina de la Corte, un mero tenedor, pues que el mismo contrato habla de que Alpidio Echeverri promete transferir el bien".

De lo cual concluye el impugnador, "que la demanda dirigida contra el tenedor del inmueble no era de recibo y debió desecharse o rechazarse", puesto que, añade, no resulta evidente, "ni probado, ni hay razones de hecho ni de derecho, para revestir a Julio César Serna de la personería sustantiva pasiva", por lo que, a juicio del censor, la nulidad alegada "está viva", y pide que la Corte la declare.

Cargo cuarto

1. Mediante éste se acusa la sentencia de haberse incurrido en el proceso en nulidad por trámite inadecuado, según lo establecido por el numeral 4 del precitado artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

2. En desarrollo de esta censura considera el acusador, y así lo asevera, que el procedimiento ordinario aquí seguido es inidóneo para hacer efectiva la obligación de entrega que los compradores pretenden de su vendedora, ya que para tal fin debieron seguirse los trámites del proceso abreviado, previstos por el artículo 431 de dicha obra.

Continuando en el desenvolvimiento de este cargo, afirma el recurrente que "si el ordinario de reivindicación no procede contra el mero tenedor, menos en esta vía contra quien está obligado al saneamiento y a la entrega del bien vendido", por lo que, expresa, en este caso "menos cabía acumular en una misma demanda, así sea en forma subsidiaria, dos remedios con trámite diferente". De todo lo cual concluye que "existe un trámite inadecuado de la demanda y por ello una violación a los principios de la Carta, cuyo único remedio es la nulidad del proceso, con base en la violación del ordinal 4º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil".

Se considera

1. El actual Código de Procedimiento Civil, vigente en el país desde antes de iniciarse la presente controversia, destina todo el Capítulo 5º del Título XI de su Libro Segundo, a reglamentar la materia de las nulidades procesales. Lo integran las normas que señalan las causales de nulidad en todos los procesos y en algunos especiales, así como las que determinan las oportunidades para alegarlas, la forma de ser declaradas, sus consecuencias y su saneamiento.

Mediante los primeros de dichos preceptos, el legislador de 1970, como también lo hacía el estatuto procedimental anterior, adoptó como principio básico en esta materia, aunque ampliando el número de las causales anteriormente consagradas, el de la especificidad, según el cual no hay defecto capaz de estructurar nulidad adictiva sin ley que expresamente la establezca. Por cuanto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, los motivos de nulidad, ora sean los generales para todo proceso o ya los especiales para algunos de ellos, son pues limitativos y por consiguiente no es posible extenderlos a informalidades diferentes.

Porque si, como lo ha dicho la doctrina de la Corte, en la tramitación de un proceso puede incurrirse en distintas irregularidades, los medios para su corrección son diferentes según la naturaleza y gravedad de la informalidad: el de la nulidad lo reserva la ley para los casos en que, por omi-

tirse “un elemento o formalidad esencial para la idoneidad del acto con detrimento de los principios que gobiernan el ordenamiento jurídico y el derecho de defensa” revisten mayor gravedad; las demás irregularidades pueden corregirse mediante las excepciones previas, los recursos, etc., llegando, como lo estatuye hoy el artículo 152 in fine, hasta su saneamiento “si no se reclaman oportunamente por medio de los recursos que este Código establece” (G. J., Nros. 2115/16, 634).

2. El numeral 7 del precitado artículo 152 del Código de Procedimiento Civil eleva a la categoría de nulidad, en todos los procesos, “la indebida representación de las partes”, cuya razón de ser está en la violación del derecho de defensa que como garantía fundamental establece la Constitución Nacional.

Pero como la nulidad adjetiva es fenómeno puramente procesal y no sustancial, la causal en comento sólo puede darse en los casos en que el incapaz legal actúa por sí mismo en el proceso, o cuando lo hace por conducto de un representante ilegítimo, o cuando un apoderado gestiona en el proceso a nombre de una parte sin que exista el debido poder de representación; y no cuando la demanda es instaurada por quien no es titular del derecho que reclama, o en frente de quien no tiene la obligación de responder. Es decir, que la “indebida representación” como causal de nulidad, atañe a la ilegitimación en el proceso y no a la ilegitimación en la causa litigiosa; y que si esta última ocurre debe atacarse en casación con fundamento en la causal primera y no en la quinta, por implicar un error in judicando y no in procedendo.

Por tratarse de dos fenómenos diferentes, no sólo por su naturaleza sino por los efectos que de ellos se derivan, no puede confundirse la capacidad procesal o legitimatio ad processum, con la legitimación en la causa o legitimatio ad causam, ni mucho menos pretender refundirlos en uno solo: la primera es un presupuesto procesal que tutela el derecho individual de defensa, establecido para asegurar la debida representación de los sujetos entre quienes se traba la relación jurídico-procesal; al pa-

so que la segunda no se ubica en el campo de la actuación de las partes en el proceso, sino que se refiere al fondo mismo de la cuestión sustantiva, a la posición que ocupen los litigantes dentro de la situación fáctica gobernada por leyes que atribuyen derechos e imponen obligaciones. Por consiguiente, la ilegitimación en la causa es cuestión ajena a la nulidad procesal por indebida representación.

3. Como en el caso presente la primera nulidad invocada se hace consistir en que la demanda se dirigió contra quien, por ser mero tenedor del bien objeto de controversia y no poseedor material de él, no podía ser sujeto pasivo de la pretensión reivindicatoria deducida, debe seguirse que el vicio alegado como nulidad no existe, por hacerse consistir en ilegitimación en la causa y no en ilegitimación en el proceso.

Por lo demás, dicho demandado, por ser mayor de edad, si tiene capacidad procesal y además ha gestionado en el proceso por abogado inscrito, con poder expreso para ello.

4. Quizás con el propósito de acabar con las discrepancias que en torno a las teorías de la nulidad constitucional surgieron entre los jueces, pero siempre siguiendo el criterio taxativo atrás referido, el legislador de 1970, mediante el numeral 4 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, elevó a la categoría de nulidad general el hecho de seguir “un procedimiento distinto del que legalmente corresponda”, cuyo fundamento o razón de ser está en lo preceptuado por el artículo 26 del Código Institucional colombiano, según el cual nadie puede ser juzgado sino con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Mas, como lo dió la Corte en sentencia de 7 de marzo pasado y hoy lo reitera, el motivo de nulidad previsto en la norma transcrita no puede hallarse sino en los casos en que, para su composición por la justicia, un conflicto de intereses se somete a procedimiento distinto del indicado por la ley para él, como cuando debiéndosele imprimir el trámite ordinario se lo hace transitar por el sendero del abreviado o el del especial, en todo o en parte; o cuando sien-

do de una de estas dos clases se tramita indistintamente por una o por la otra vía, o se acude a las fórmulas esquemáticas propias del proceso ordinario.

5. Como en el caso sub judice las pretensiones reivindicatorias y de saneamiento por evicción, que son las deducidas en la demanda inicial del proceso, se sometieron al trámite establecido para el proceso ordinario, desde luego que se trata de controversias “que no están sometidas a un trámite especial” (Art. 396 C. de P. C.), se impone concluir que no se estructura en este caso la causal de nulidad prevista en la regla 4ª del artículo 152 citado. No se pretende con la demanda hacer efectiva la obligación de entregar la cosa enajenada que tiene el tradente frente al adquirente, como lo sostiene el censor, sino la de que el poseedor de una cosa de la cual no es dueño la restituya a su propietario no poseedor.

Por lo demás, si bien la nulidad por trámite inadecuado es ciertamente insaneable, desde luego que alude a los procedimientos, los cuales son de orden público y por tanto obligatorios; no será posible declarar con base en tal hecho la nulidad de la actuación cuando, como ocurrió en el caso presente, esa misma circunstancia se estudió y se denegó en incidente de excepciones previas, puesto que así lo pregonaba expresa y claramente el inciso 4º del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil.

6. Como consecuencia de lo atrás expuesto debe seguirse que los cargos de nulidad formulados contra la sentencia de segunda instancia, con apoyo en la causal 5ª de casación, son improcedentes; y que, por consiguiente, se impone su rechazo.

B. Censuras fundadas en la causal primera

Primer cargo

1. En éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, del artículo 775 del Código Civil.

2. Para desenvolver esta censura el recurrente, luego de extractar el contenido de la norma que señala como infringida y de observar que la promesa de venta, cuan-

do se ha entregado la cosa prometida, no confiere posesión sino mera tenencia, afirma que en el caso presente “el poseedor material del inmueble era y es el señor Alpidio Antonio Echeverri, quien, habiéndole transferido el dominio a Mariela Arredondo Galeano, no había hecho entrega material del bien, como quedó establecido, no sólo a folio 37 vuelto del cuaderno principal, sino por la entrega que de él hizo, en calidad de tenedor, al prometiente Julio Serna”. Añade que al haber éste recibido la cosa en virtud de un contrato de promesa ajustado con aquél, “mal podía ser poseedor material con ánimo de señor y dueño, cuando estaba reconociendo dominio en aquél y cuando, por obra del mismo contrato de promesa éste, de no cumplirse, no le daba título legal”.

Continuando en el desenvolvimiento del cargo, dice el censor que es equivocado sostener, como se hace en la sentencia por él impugnada, que la posesión del demandado sobre el predio objeto de la reivindicación se infiere de la entrega que el Juzgado de Armenia le hizo dentro de un proceso de ejecución, “puesto que —agrega— si nadie puede dar más de lo que tiene... la entrega verificada no podía ser otra que la mera tenencia, así el beneficiario alegase posesión material y así obraran en el expediente declaraciones en el mismo sentido, toda vez que existía un contrato de promesa de permutación entre Julio César Serna, como adquirente y Alpidio Antonio Echeverri como tradente”.

3. Rematando la formulación del cargo, dice el acusador que por razón de la interpretación errónea que el Tribunal hizo de la copia de la referida diligencia de entrega, “violó en forma directa el artículo 775 del Código Civil y como consecuencia, se tuvo a mi mandante, como poseedor material con ánimo de señor y dueño y por ende, con la personería sustantiva en la parte demandada, que de no haber sido así, la demanda no podía haber prosperado”.

Se considera

1. Exhaustivamente lo tiene declarado la doctrina de la Corte, por corresponder ello a la preceptiva legal pertinente, que

la causal primera de casación se refiere precisa e invariablemente al quebranto de normas sustanciales, o sea de aquellas que, frente a una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación.

E igualmente ha dicho que todo cargo en casación, fundado en dicha causal, para ser procedente, debe contener una proposición jurídica completa, es decir que tiene que presentar el fenómeno de la violación normativa, en aquellos casos en que la situación jurídica cuya tutela se pide se halla regulada por la combinación de diversos preceptos, señalando la totalidad de los textos legales sustanciales que regulen el punto controvertido.

2. Tratándose de procesos en que se instauran la acción declarativa del dominio de inmuebles y la consecuencial de restitución de ellos para el demandante, las normas de derecho sustancial en que debe basarse el ataque en casación a la sentencia del Tribunal, tendrán que ser las concernientes a la propiedad en que se funda la titularidad del derecho cuya declaración de pertenencia se pretende y a la reivindicación pedida. Cuando la censura omite citar como vulnerados los preceptos legales pertinentes al dominio en relación con los derechos cuyo reconocimiento impetra y a la reivindicación de los mismos, según las pretensiones contenidas en las súplicas de la demanda incoativa del proceso, la acusación es incompleta y por tanto el recurso de casación está destinado al fracaso, desde luego que el carácter eminentemente dispositivo de este extraordinario medio de impugnación le impide a la Corte estudiar oficiosamente si el sentenciador quebrantó otras normas sustanciales que, a pesar de ser el apoyo jurídico de su fallo, no fueron acusadas por el recurrente.

Como se infiere de su contenido, el artículo 775 del Código Civil, que es el único texto legal que el recurrente cita en este cargo como infringido con la sentencia del Tribunal, no declara, crea, modifica o extingue obligaciones; se limita a definir el fenómeno de la mera tenencia y a enumerar algunos casos en que ella se presenta, por lo que no tiene categoría de sustancial y, por ende, no puede integrar un

cargo en casación con apoyo en la causal primera. Para que lo sea, es menester que su referencia venga acompañada de aquel o de aquellos otros preceptos atributivos del derecho subjetivo que se considere vulnerado con la sentencia acusada.

3. De otra parte, procede advertir que a pesar de haberse formulado este cargo claramente por violación directa, su sustentación arranca de que el censor estima que el Tribunal dio por establecido, sin estarlo, el presupuesto de la posesión del demandado indispensable para la prosperidad de la acción reivindicatoria. Es decir, que el cargo viene edificado sobre presuntos errores de orden probatorio, sustentación que pone de presente que no se trataría de la violación directa sino de la indirecta del derecho sustancial.

La defectuosa formulación de este cargo lo torna ineficaz; y, en consecuencia, se rechaza.

Segundo cargo

1. Mediante éste el recurrente acusa la sentencia de segundo grado de ser directamente violatoria de los artículos 63, 769, 1516 y 2531 del Código Civil, por falta de aplicación; y del 768 *ibidem*, por aplicación indebida, al haber considerado al demandado como poseedor de mala fe del inmueble a cuya restitución lo condena.

2. En desenvolvimiento de esta censura el impugnador, después de transcribir la parte pertinente del fallo acusado, asevera que como en el caso presente el dominio del inmueble materia de la litis es discutido por los demandantes y no por el demandado, hizo mal el Tribunal al hacer actuar en él el artículo 768 del Código Civil; y que, como cuando Serna Granada recibió el bien, primero de Alpidio Echeverri y posteriormente del Juzgado Municipal de Armenia, "estaba obrando de buena fe", es errando calificarlo de poseedor de mala fe, tanto más si, como lo estatuye ese mismo precepto, "un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe".

"Si a raíz de la entrega hecha por el Juzgado Municipal —añade el impugnante— Serna Granada se enteró que el prometiente Alpidio Echeverri, con quien había contratado, no era el propietario del

bien, no es menos cierto que el título exhibido tanto en dicha diligencia, como en este proceso (escritura 968 de 22 de noviembre de 1971), como en el certificado de libertad o tradición, reza y en mayúscula, en la escritura que 'del inmueble en referencia se excluye y por tanto no queda comprendido en la presente venta, un lote de terreno que se le vendió a Ernesto Zuluaga, por lo tanto el inmueble de la presente venta es resto de mayor porción'."

3. Avanzando en el desarrollo del cargo, afirma el censor que como la buena fe se presume legalmente (Art. 769 y 2531 C. C.); y que como en este caso no hay prueba en contrario, ni mucho menos de que el demandado haya procedido dolosamente, no puede calificársele como poseedor de mala fe.

"Consecuencia natural y lógica —dice el censor— es la de que si se considera al demandado poseedor, lo era de buena fe, hasta el momento en que se le notificó la demanda. Y si el Tribunal se atuvo a la confesión; menos, por cuanto ella de suyo indivisible, fue producida sosteniendo el demandado posesión de buena fe".

Se considera

1. Constante e invariablemente ha sostenido la jurisprudencia de la Corte que la causal primera de casación, que surge siempre del quebranto de la ley sustancial, se configura a través de dos modalidades diferentes: por vía directa o por vía indirecta. Se infringe directamente la norma cuando, sin objeción a las conclusiones que en el orden fáctico haya deducido el sentenciador al través de la apreciación del material probatorio, se la deja de aplicar al caso litigado, debiendo haberlo sido, o se la aplica indebidamente, o se la interpreta de manera equivocada; cuando la violación de la ley sustancial es debida a que se valora mal determinada prueba, o no se tienen en cuenta a pesar de existir, o se considera existente sin que el proceso la contenga, la infracción es indirecta.

La violación directa de la ley implica, pues, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y consiguientemente que no exista reparo

o tacha que oponer contra los resultados que en el ámbito de la cuestión fáctica hubiera encontrado el fallador. De ahí que, como lo ha dicho la Corte, en la demostración de un cargo por quebranto directo de la ley sustancial el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el fallador: en este evento su actividad dialéctica tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados, y en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas.

2. De la sola lectura del cargo en estudio se advierte que, a pesar de haberse formulado claramente por violación directa, su sustentación arranca de que el censor estima que el Tribunal consideró al demandado como poseedor de mala fe, siendo que a juicio de aquél las pruebas demuestran que "lo era de buena fe, hasta el momento en que se le notificó la demanda". Es decir, que esta censura se edifica sobre presuntos errores que, en punto de la calificación de la fe del poseedor, habría cometido el ad quem en la apreciación de las pruebas; lo cual significa que por no corresponder la sustentación del cargo a la naturaleza del ataque formulado, la acusación resulta impróspera.

Puesto que si, como lo ha sostenido reiteradamente la doctrina de la Corte, la calificación de la buena o de la mala fe que hace el sentenciador tiene sus fundamentos en una serie de factores subjetivos, que, con asiento en el acervo probatorio, lo conducen a esa convicción, el juicio del fallador en ese aspecto no puede variarse en casación sino cuando se demuestre que al hacerlo el Tribunal incurrió en un error evidente de hecho o en uno de derecho.

3. Y en el supuesto de que a pesar de la claridad que el cargo ostenta tanto en su planteamiento como en su desarrollo, pudiera decirse que fue intención del recurrente formularlo por violación indirecta de la ley sustancial, tampoco podría la Corte entrar a su estudio de fondo, puesto que, en primer lugar, no se individualizan

en él las pruebas que habrían sido mal apreciadas por el sentenciador; y, en segundo, no se indica si los presuntos yerros fueron de hecho o de derecho.

Por lo dicho, se rechaza esta censura.

Quinto cargo

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto de los artículos 946, 947, 950 y 952 del Código Civil, por aplicación indebida, como consecuencia del “error de hecho y de derecho” en que habría incurrido el Tribunal, “por la apreciación errónea de la prueba de inspección judicial, que llevó al sentenciador a dar por identificado el bien inmueble materia de la litis”.

2. En desarrollo del cargo el impugnador, luego de notar que en la inspección judicial practicada en la primera instancia del proceso, el juez advirtió que “el inmueble por la carrera da mayor extensión de la señalada en la demanda, siendo diferente a la que aparece en la escritura 347 de 25 de abril de 1968”, y de afirmar que “es obvio y natural que las medidas tuvo el señor juez que constatarlas, aunque en la diligencia no se dice, con la escritura 968 de 22 de noviembre de 1971”, de la cual transcribe los linderos en ella descritos, se pregunta: “¿Cuánto menos de los 7.20 metros por la carrera 13 y cuántos metros menos de los 14.40, por la calle diez y seis?”

Y después de expresar que “la escritura no lo especificó, sino que dio linderos sin mensura”, el recurrente ensaya esta respuesta a su interrogante: “Si lo entregado a Julio César Serna fue precisamente toda la esquina número 16-01, no le correspondería a los demandantes una escuadra, que da los mismos linderos”.

3. Continuando en el desenvolvimiento de esta censura, dice el recurrente que “la identidad del inmueble reivindicado fue establecida por el juzgado conociente, según prueba de inspección judicial, verificada el 4 de octubre de 1972”; y que el Tribunal, sin “ningún análisis de dicha prueba, la tomó tal cual la consideró el juez del conocimiento, lo cual lo llevó a cometer error de hecho en la apreciación de dicha prueba”.

Y a renglón seguido, a manera de concreción de los errores que imputa al ad quem, dice: “Error de hecho. En este hilo el honorable Tribunal de Armenia cayó en error de hecho, por cuanto al no entrar a analizar dicha prueba, incurrió en el mismo error del a quo, esto es, reconociendo un bien forma total, contra la evidencia de la escritura pública número 968, instrumento público que es plena prueba y que con claridad establece que es menor la cabida por haber sido vendido parte del lote a Ernesto Zuluaga”. Y agrega el censor: “Error de derecho. Al darle el honorable Tribunal Superior de Armenia plena validez a la inspección judicial verificada, cayó en evidente error de derecho, por cuanto dio por sentado uno de los presupuestos de la acción reivindicatoria, esto es, la identificación del bien materia de la pretensión”.

Se considera

1. Si debiera entenderse que el cargo viene formulado por error de hecho, la Corte tendría que decir, luego de analizar el contenido de la inspección judicial practicada el 4 de octubre de 1972 y de cotejarlo con la deducción que sacó el sentenciador, que dicho yerro no existe. En efecto.

En esa diligencia el juez que la practicó, después de haber determinado el inmueble materia de la inspección por sus linderos, medidas y nomenclatura, todos los cuales coincidieron con los descritos en la demanda incoativa del proceso, con excepción de la longitud por la carrera 16, la que dio “un remanente de tres metros con sesenta centímetros”, hizo constar que “en realidad todo el lote ocupado por el inmueble por la carrera, da mayor extensión de la señalada en la demanda, la que concuerda con las medidas del certificado de registro aportado al proceso, siendo diferente a la que aparece en la escritura 347 de 25 de abril de 1968, ya que en ésta aparece una extensión mayor por la carrera. En cuanto a las medidas que aparecen en la escritura número 968 sí concuerdan con las medidas de la demanda”.

Pero si bien el juzgado admitió la falta de correspondencia de la extensión del lote por uno de sus costados con la referida en la demanda, notó también, y así lo hi-

zo constar en el acta a petición del demandante, “que la dirección y las nomenclaturas dadas en la demanda, corresponden exactamente a las de la escritura 968 de 22 de noviembre de 1971 y concuerdan con las de la inspección judicial que estamos realizando; igualmente, corresponde esta nomenclatura a la promesa de venta por medio de la cual el señor Julio César Serna Granada manifiesta haber recibido la propiedad del señor Antonio Alpidio Echeverri”.

Al analizar esta prueba el a quo expresó en su sentencia, criterio prohiado luego por el ad quem, que la identidad de la cosa cuya reivindicación pretenden los demandantes con la que es poseída por el demandado, “se estableció plenamente al practicarse la diligencia de inspección judicial, en la cual se pudo constatar que el inmueble reclamado en la demanda corresponde al inspeccionado por el juzgado aunque en menor extensión, ya que por el costado correspondiente a la carrera 16, en la demanda se señaló una extensión de 14 metros con 40 centímetros y el inmueble tiene por ese costado 18 metros. Los demás elementos señalados en la demanda —añade el fallador— se identificaron plenamente en la diligencia. Esto nos lleva a concluir —dice— que lo que es materia de reivindicación no es todo el inmueble sino solamente la porción de él señalada en la demanda, la que encontramos en posesión del demandado, reuniéndose este otro elemento”.

2. La Corte, examinada el acta de la inspección judicial de que se acaba de hacer mérito, encuentra que la deducción del Tribunal, en lo atinente a la identidad del inmueble que se pretende reivindicar con el que es poseído por el demandado, sacada con apoyo en ella, no es contraevidente con la realidad de los hechos que dicha inspección expone; que el sentenciador apre- ció esa prueba tal y como ella obra en el

proceso; y que, consecuencialmente no existe el error de hecho que denuncia la censura.

3. Y como al contestar la demanda el demandado, por boca de su apoderado, aceptó tener la posesión material del predio “por haberla adquirido de buena fe y a justo título así éste no se hubiera llegado a formalizar”, mucho menos puede atribuirse yerro fáctico al Tribunal al dar por establecida en el proceso la identidad entre la cosa que pretende reivindicarse y la poseída por el reo, puesto que dicha manifestación, que implica confesión de tal hecho, como reiteradamente lo ha sostenido la doctrina de la Corte conlleva el reconocimiento de la identidad entre el inmueble cuya restitución se impetra en la demanda y el que el demandado confiesa poseer.

Por lo dicho, se desestima el cargo.

IV

Decisión

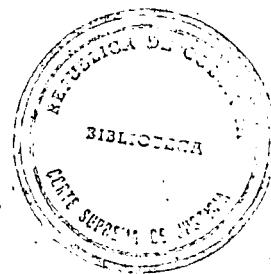
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de diez (10) de mayo pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Es- guerra Samper, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.



PORCION. CONYUGAL

El cónyuge sobreviviente puede recoger, por donación, herencia o legado, más de lo que valdría la porción, imputando el exceso o la cuarta de libre disposición.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., veinte de noviembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda).

Procede la Corte a fallar el recurso de casación interpuesto por el objetante contra la sentencia que, fechada el 7 de diciembre de 1972, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual aprobó la partición efectuada en el proceso sucesorio de Eustasio Camargo Rubio, luego de declarar infundadas las objeciones que, contra ella, propuso el heredero Mario Camargo Martínez.

II

Antecedentes

1. Eustasio Camargo Rubio y Angélica Martínez León contrajeron matrimonio por el rito católico el 22 de julio de 1965; y, mediante la escritura pública número 1186, otorgada el 15 de diciembre de 1967 en la Notaría del Círculo de Zipaquirá, legitimaron a sus hijos Mario y Nancy Virginia —como ya lo habían hecho también al contraer matrimonio— nacidos el 13 de diciembre de 1934 y el 7 de enero de 1944, respectivamente.

2. Eustasio murió el 9 de enero de 1970, habiendo otorgado testamento cerrado en cuyas cláusulas primera y segunda constan las siguientes disposiciones:

“Primera. Dejo a mi legítima esposa, Angélica Martínez de Camargo, quien me ha

acompañado y atendido siempre con especial solicitud, devoción y cariño, además de la porción conyugal que le corresponde o pueda corresponderle de conformidad con la ley, la cuarta parte de todos mis bienes de la cual puedo disponer libremente.

“Segunda. A mis hijos legítimos Mario y Nancy, dejo el resto de mis bienes por iguales partes”.

3. La cónyuge sobreviviente pidió ante el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá la apertura del proceso de sucesión, en el cual fue tenida como tal. Como herederos, en su condición de hijos legítimos del de cujus, fueron reconocidos Mario y Nancy Virginia.

4. Adelantado normalmente el proceso, se practicaron el inventario y los avalúos que comprendieron estos bienes: a) Libros de medicina, instrumental médico, bombas de agua, teléfonos antiguos, poleas, tuberías, bancos de carpintería y baúles, por \$ 15.000.00; b) Elementos propios para el servicio y beneficio de la finca de Minipí... y que se encuentran en ésta, por \$ 35.000.00;

c) La finca denominada Minipí, ubicada en jurisdicción del Municipio de La Palma, por \$ 100.000.00; y d) Un globo denominado el Huerto, constituido por dos lotes conocidos bajo la denominación de El Huerto, propiamente dicho, y San Antonio que forman un solo cuerpo”, ubicado en jurisdicción de Zipaquirá, por \$ 500.000.00.

5. El inventario —que no el avalúo— fue objetado por Mario Camargo Martínez, a fin de que se incluyera en el pasivo de la sociedad conyugal un crédito a cargo de la misma y a favor del causante, nacido del hecho de haberse vendido un bien del acreedor poco antes de que muriera, como se

desprende de la escritura pública número 1119, otorgada el 10 de noviembre de 1969 en la Notaría del Círculo de Zipaquirá, debidamente registrada.

6. Con oposición de la cónyuge sobreviviente y de Nancy Virginia, a quien representó en el proceso un curador *ad litem*, el juzgado del conocimiento ordenó inventariar adicionalmente el pasivo acabado de referir; pero luego, en virtud de objeción de tal inventario por parte de éstas, en providencia inapelada del 30 de marzo de 1971, se declaró "sin validez legal la inclusión en el pasivo de la sociedad conyugal que existió entre el doctor Eustasio Camargo Rubio y Angélica Martínez de Camargo el crédito por ciento cincuenta mil pesos (\$ 150.000.00) a que alude el inventario adicional relacionado en la parte motiva de esta providencia".

7. En la oportunidad legal procedióse a la partición de los bienes, trabajo en el cual se le adjudicaron a la cónyuge sobreviviente los mencionados en la letra a) del numeral 4 anterior y una cuota equivalente a \$ 260.107.50 en el fundo mencionado en la letra d) del mismo numeral; al heredero Mario Camargo el predio Minipí, la maquinaria destinada a su explotación y una cuota equivalente a \$ 56.445.25 en la hacienda El Huerto; y a Nancy Virginia una cuota equivalente al total del valor de su hijuela en la misma hacienda.

8. Contra esta partición formuló objeciones el heredero Mario Camargo Martínez, las cuales sintetizó así:

"1º Que se otorgó en forma arbitraria a la cónyuge supérstite, la mitad de la herencia cuando en realidad sólo podía otorgársele la cuarta de libre disposición, una vez hechas las deducciones resultantes de la liquidación de la sociedad conyugal y las legítimas rigurosas correspondientes a los herederos.

"2º No se liquidó la sociedad conyugal ya que la cónyuge según su propia opción no renunció a sus gananciales y dentro de este orden de cosas debió liquidarse el crédito en su contra y en favor de la sucesión según consta en escritura y certificación que obran al folio 61 del cuaderno número 1, dando así aplicación al artículo 1797 del Código Civil.

"3º Que se desmejoró al heredero Mario Camargo en relación con los demás herederos, por cuanto éste sólo fue adjudicatario de bienes en el Municipio de La Palma y los demás herederos a quienes se adjudicaron los bienes situados en la ciudad de Zipaquirá. Esa discriminación conlleva un perjuicio de orden económico contra mi mandante, y pugna contra la equidad que debe observarse en la adjudicación de bienes a herederos".

9. El a quo encontró infundadas esas objeciones; y, por tanto, aprobó la partición e hizo las demás declaraciones pertinentes mediante sentencia que el mismo objetante apeló para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, por medio de la suya calendada el 7 de diciembre último, la confirmó en su integridad. Entonces, la parte vencida interpuso el recurso de casación de que ahora se ocupa la Corte.

III

La sentencia del Tribunal

10. Después de relatar el proceso, empieza por destacar la cuantía de las adjudicaciones hechas por el partidor a cada uno de los interesados, que fue la siguiente:

Para la cónyuge	\$ 275.107.50
Para Mario Camargo	187.446.25
Para Nancy Virginia Camargo	187.446.25
Total	\$ 650.000.00

Entra entonces el *ad quem* a referirse a las objeciones formuladas, razonando así:

11. Primera objeción. En el testamento del causante se le asignó a la cónyuge sobreviviente, además de la porción conyugal que le correspondiese, la cuarta de libre disposición de que el testador podía disponer libremente. Si esa cuarta, continúa, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1242 del Código Civil, tal como fue reformado por el 23 de la Ley 45 de 1936, alcanza a \$ 162.500.00 sobre un avalúo de \$ 650.000.00, dado a los bienes adjudicados; y si a aquella cantidad se le

suma la porción conyugal, equivalente a una legítima rigurosa de acuerdo con el inciso 2º del artículo 1236 del mismo Código, se llega a una cifra superior a la de \$ 275.107.50, a que montó el valor de su hijuela. Sin que sea válida la afirmación del objetante —termina— consistente en que la cónyuge, en casos como el estudiado, sólo tiene derecho a la cuarta de libre disposición, porque ella “no se compadece con la memoria testamentaria, ya que la cuota de bienes correspondiente a dicha cuarta el testador la puede disponer libremente y aun puede favorecer a extraños por lo que bien podía asignársela a su consorte como lo hiciera en el testamento. De tal suerte que bajo estos razonamientos aparece que la objeción estudiada no tiene asidero legal, como que por otro lado, con el proceder del testador no se ha violado derecho alguno a los legitimarios y en consecuencia la objeción está llamada a fracasar”.

12. Segunda objeción. La estudia de la siguiente manera, que se transcribe en su integridad:

“Esta objeción, a igual de la anterior, no puede prosperar, pues se relaciona con un crédito que se atribuye a cargo de la sociedad conyugal, a virtud de lo que dispone el artículo 1797 del Código Civil. En efecto, este precepto está incluido en el Título 22 —De las capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal—. Y éstas no son otras que “las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él”. Y bien sabido es que este régimen de la sociedad conyugal quedó derogado al entrar en vigencia la Ley 28 de 1932, y, por lo demás, no aparece de autos que se hayan celebrado tales capitulaciones matrimoniales, las cuales, en todo caso, no tendrían cabida porque el matrimonio del causante tuvo lugar en el año de 1965, como atrás se vio, por lo cual el régimen de la sociedad conyugal para su liquidación cae bajo el imperio de la citada Ley 28 de 1932.

“Ahora bien, dentro de este estatuto cada uno de los cónyuges tiene la libre administración de sus bienes, esto es, que cada cual puede disponer a su talante de sus bienes propios o que adquiriera durante la sociedad conyugal, sin que por ello queden

a su cargo créditos como de los que habla el artículo 1797 del Código Civil. Y no será posible que en estas circunstancias se quiera achacar una deuda a la sociedad conyugal, proveniente de la venta que el cónyuge difunto hizo de un bien que le pertenecía. Si el inmueble a que se refiere el objetante fue vendido con anterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, es apenas lógico que dicho bien no toca para nada en la liquidación de esta mortuoria. Luego esta objeción por innocua y no tener respaldo legal tampoco puede prosperar”.

13. Tercera objeción. La despacha así el fallador:

“No hay desmejora alguna a los herederos en la participación por cuanto las adjudicaciones se hicieron tomando en cuenta el avalúo de los bienes hecho en los inventarios y cada una de las hijuelas fueron (sic) pagadas con bienes alistados conforme a la ley. Además, la partición consulta la equidad en cuanto que procura la separación de las adjudicaciones para dejar a cada uno de los herederos los bienes que tiene en su poder, evitando diferentes comunidades entre los coparticipes que más tarde podrían engendrar problemas de división con obvios perjuicios económicos que menoscabarían su patrimonio. Por este aspecto tampoco el objetante tiene razón alguna para atacar el trabajo de partición...”

III.

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

14. Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia acabada de mencionar, todos comprendidos dentro del marco de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que se estudian a continuación en el mismo orden en que fueron propuestos.

Primero

15. Se hace consistir en violación directa del artículo 1797 del Código Civil, en concordancia con el 4º de la Ley 28 de 1932, por falta de aplicación. En su desarrollo, dice el censor que, al afirmar el Tri-

bunal que "las normas sobre disolución y liquidación que trae el Código Civil fueron derogadas por la Ley 28 de 1932 para las sociedades conyugales formadas con posterioridad a la vigencia de dicha ley", dejó de aplicar el artículo 1797 del Código Civil que en su concepto está vigente y al cual se refiere el 4º del mismo estatuto.

Con fundamento en la primera de las disposiciones anteriormente citadas, continúa el censor, el recurrente en casación objetó la partición "por cuanto no se incluyó en la liquidación de la sociedad conyugal formada entre el causante y la señora Angélica Martínez, un crédito a cargo de la sociedad y a favor del cónyuge en cuantía de \$ 150.000.00, motivado en la venta que verificó el causante... de la finca denominada Venecia. El cónyuge murió el 12 del mes de enero de 1970, transcurridos apenas 58 días de la venta del inmueble". Termina su argumentación de la siguiente manera:

"El criterio errado que asume el Tribunal en la sentencia acusada de considerar derogadas las normas del Código Civil sobre sociedades conyugales nacidas después del año de 1932 que es común a muchos funcionarios, es motivo suficiente para casar la sentencia, a más de que la partición efectuada sin aplicación del artículo 1797 del Código Civil infiere agravio económico a los herederos".

Se considera

16. El Tribunal no dijo exactamente todo lo que le achaca el censor en el párrafo anterior: lo que dijo, en realidad, fue que las capitulaciones matrimoniales —tema extraño, por lo demás, al proceso— eran incompatibles con el régimen patrimonial en el matrimonio implantado por la Ley 28 de 1932; y que tampoco se producían las relaciones crediticias establecidas por el artículo 1797 del Código Civil, después de la vigencia de ese estatuto.

17. Con anterioridad a la reforma que al régimen patrimonial en el matrimonio introdujo la trascendental Ley 28 de 1932, así calificada por comentaristas nacionales y extranjeros, el Código Civil tenía establecido el llamado régimen de comunidad, en el cual, como lo dijo la Corte, "la admi-

nistración de la sociedad conyugal competía exclusivamente al marido. Pero era un administrador que ante terceros dejaba de serlo para adquirir la calidad de 'dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formaran un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de ésta como los bienes sociales (Art. 1806)'. Además, el marido, como jefe de la sociedad conyugal, administraba libremente no sólo los bienes sociales sino los propios de la mujer, sujeto, empero, a las restricciones impuestas en la ley o en las capitulaciones matrimoniales (Art. 1805). El artículo 1808 recalcaba que "la mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad". Por lo tanto, no podía administrarlos, ni intervenir en la administración, ni controlarla. Tampoco podía solicitar la entrega de la parte que en ellos le cabía, mientras la sociedad existiese. Por último, la mujer, por el hecho del matrimonio, era incapaz. Su personalidad civil sufría una disminución (Art. 1504). Por lo tanto estaba inhibida para celebrar ningún acto jurídico, ni aún relacionado con sus bienes propios (salvo contadas excepciones como testar), sin la autorización del marido o de la justicia en subsidio (Arts. 181, 182, 188, 189, 190 y 192). Pero en cambio había en el Código Civil varios preceptos que tutelaban su patrimonio" (XIV, 634).

La reforma de 1932, como también lo tiene dicho esta Corporación, quebró el anterior y tradicional sistema, imperante hasta entonces, pero sin acabar con la sociedad conyugal, contraída por el hecho del matrimonio, ni menos, establecer el régimen de separación de bienes, como algunos lo creyeron. "Sin abandonar —se tiene dicho— el concepto de la sociedad conyugal expresado en el Código, la reforma cambia sí radicalmente el sistema de disposición y administración. Con respecto a terceros, ya no será el marido dueño de los bienes sociales como si ellos formaran con los suyos propios un solo patrimonio; ni tampoco el responsable único de las deudas sociales, a quien los acreedores tienen el derecho de perseguir para hacer efectivos sus respectivos créditos, aun sobre sus bienes propios. En adelante cada cónyuge

dispone y administra con entera libertad e independencia del otro, tanto respecto de los antiguamente llamados bienes propios como de los adquiridos particularmente por cada cónyuge después del 1º de enero de 1933. De esta manera la sociedad tiene desde 1933 dos administradores, en vez de uno; pero dos administradores con autonomía propia, cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes muebles o inmuebles aportados al matrimonio o adquiridos durante la unión, ya por el marido, ora por la mujer. Y cada administrador responde ante terceros de las deudas que personalmente contraiga, de manera que los acreedores sólo tienen acción contra los bienes del cónyuge deudor, salvo la solidaridad establecida por el artículo 2º, en su caso" (XLV, 366).

18. El Capítulo I, Título XXII del Código Civil, referente a las capitulaciones matrimoniales, es decir, a "las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro" (Art. 1771), está vigente por cuanto sus normas no se oponen al sistema consagrado en la Ley 28, como que ésta conservó la formación de la sociedad conyugal, la constitución de su activo y de su pasivo, los aportes a ella hechos por los cónyuges, etc., pues la reforma, como se dijo, consistió primordialmente en el sistema de su administración y de la disposición de los bienes sociales y propios de los cónyuges, antes de su disolución. De este concepto participa el autor del respectivo proyecto de ley, doctor Luis Felipe Latorre, para quien "el nuevo régimen no se opone a la celebración de capitulaciones matrimoniales y a la aplicación de las reglas pertinentes del citado Título 22, con las variantes del caso" ("Régimen patrimonial en el matrimonio", Pág. 257), en lo que también coinciden otros doctrinantes nacionales, como los doctores José J. Gómez R. ("Régimen de bienes en el matrimonio", Págs. 237/38) y Enrique López de la Pava ("Derecho de Familia", Págs. 60 y ss.).

Por iguales razones, es decir, por no oponerse a las normas de la Ley 28, conserva asimismo su vigencia el artículo 1797

del Código Civil, inspirado en la teoría del enriquecimiento sin causa, que con el 1826 *ibidem*, regula la situación patrimonial de los cónyuges en cuanto a sus bienes propios y para los efectos de la liquidación de la sociedad conyugal, al permitir éste que cada uno de ellos, "por sí o por sus herederos, tendrá derecho a sacar de la masa las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan, y los precios, saldos y recompensas que constituyen el resto de su haber", y al disponer aquél que "vendida alguna cosa del marido o la mujer, la sociedad deberá el precio al cónyuge vendedor, salvo, en cuanto dicho precio se haya invertido en la subrogación de que habla el artículo 1789, o en otro negocio personal del cónyuge de quien era la cosa vendida, como en el pago de sus deudas personales, o en el establecimiento de sus descendientes de un matrimonio anterior", es decir, salvo que la sociedad conyugal, con la venta, no se hubiese enriquecido. Sobre la vigencia del artículo 1797 en cita, la Corte tiene dicho:

"...los artículos 1781 y 1797 del Código Civil no han quedado como lo considera la recurrente, derogados por virtud de la reforma que aquella Ley (28 de 1932) implícó, porque lo que ocurre es que esas disposiciones, como otras muchas del mismo Capítulo del Código en que están contenidas, no tienen aplicación actualmente sino cuando llegue el caso de liquidar la sociedad latente, y conforme a sus reglas debe hacerse la liquidación en cuanto no pugnen con las establecidas en la Ley 28" (LXI, 365).

No sobra notar que la deuda respectiva es a cargo de la sociedad conyugal y no del otro cónyuge, como así lo tiene resuelto la Corte de tiempo atrás.

19. Con lo expuesto anteriormente quedan rectificadas los errores doctrinarios del Tribunal, a lo que procedió la Corte en obediencia al mandato del artículo 365 del Código de Procedimiento Civil, según el cual el fin primordial de la casación es el de unificar la jurisprudencia nacional. Entrase, entonces, a analizar detalladamente el cargo:

a) De conformidad con lo que ordenaban los artículos 939 del Código Judicial y 34 de la Ley 63 de 1936, vigente aquél cuando

se llevaron a efecto el inventario y los avalúos en el proceso sucesorio a que se ha venido haciendo referencia (8 de septiembre de 1970), y hoy según el artículo 600 del Código de Procedimiento Civil, el inventario debe contener el catálogo completo de todos los bienes que forman el activo y de todas las deudas que constituyan el pasivo patrimonial del de cujus y de la sociedad conyugal de que formaba parte y que con su muerte se disolvió, o sea que en el pasivo inventariado debían figurar, necesariamente, las deudas originadas por recompensas como las contempladas en el artículo 1797 del Código Civil. “La hechura de los inventarios y avalúos —se tiene dicho— tanto en el caso de disolución de la sociedad conyugal como en el de muerte de una persona, está rodeada de circunstancias tutelares para lograr que todos los bienes correspondientes a esas entidades, lo mismo que las deudas que las gravan, figuren en aquéllos, con entera verdad, sin aumentar ni disminuir nada” (LIII, 71). El traslado que con la antigua legislación procesal se daba a los interesados, como sucede hoy también, una vez presentada la respectiva diligencia, es para que por ellos se puedan formular las objeciones al inventario en sí como al avalúo de los activos y pasivos en él comprendidos, según lo decía el artículo 40 de la Ley 63 de 1936 y lo manda hoy el 601 del Código de Procedimiento Civil;

b) Como se dejó dicho anteriormente, uno de los herederos, Mario Camargo Martínez, objetó el inventario practicado en el proceso, en virtud de no ser —fueron sus palabras— “comprensivo de la totalidad de los bienes” que, en su concepto, fueron denunciados: objeción que el a quo no encontró fundada, por cuanto “no ataca el avalúo dado a los bienes relictos, que pudiera constituir causal para objetarlos, ni se trata de inclusión de créditos en el pasivo de la sucesión, que no pueden ser tenidos en cuenta. Sencillamente, se pretende un inventario adicional, con miras a incluir en el activo de la sucesión bienes que... no fueron inventariados...” Este inventario adicional se practicó el 10 de diciembre de 1970, y en él aparece relacionada y avaluada esta única partida: “Un crédito activo a favor del causante y a cargo de la

sociedad conyugal formada con la señora Angélica Martínez en cuantía de ciento cincuenta mil pesos m/cte”; mas, como consecuencia de la objeción a este inventario y avalúo hecha por la cónyuge sobreviviente y la heredera Nancy Virginia, el juez del conocimiento, al fallar el respectivo incidente, declaró “sin validez legal la inclusión en el pasivo de la sociedad conyugal... del crédito de que se dio cuenta antes. Esta providencia fue aceptada por el heredero Camargo Martínez porque contra ella ningún recurso interpuso, lo que quiere decir, que por tal concepto no existe el pasivo en referencia en el inventario;

c) La Corte —se ha dicho— considera también lo siguiente: la misión del partidador es taxativa y circunscrita: taxativa en cuanto debe conformarse al realizar su trabajo a las disposiciones contenidas en el Título 10, Libro 3º del Código Civil, por mandato del artículo 1391 de dicha obra; y circunscrita, porque la base para verificar la partición no es otra sino la diligencia de inventarios y avalúos... ‘La diligencia de inventarios y avalúos’ como lo ha expresado, es la base para el trabajo del partidador, quien distribuye y liquida, de acuerdo con lo inventariado y avaluado; por eso la partición no puede hacerse sino cuando los inventarios están en firme (Art. 953 del C. Judicial) y esa la razón por qué la tasación por peritos es base para la adjudicación de las especies (Art. 1392 *ibídem*)” (LII, 424). Concepto éste ratificado en multitud de providencias posteriores, como en la fechada el 12 de febrero de 1943 (LV, 27), según la cual “el inventario de los bienes herenciales y su avalúo son la base obligatoria a que el partidador, no conviniendo unánime y legítimamente otra cosa los herederos, ha de ceñirse al verificar la distribución de los bienes”.

De lo anterior se desprende, ciertamente, que en el caso estudiado mal podía dicho partidador incluir en el pasivo de la sociedad conyugal y en el activo del causante una partida que el juez ordenó excluir del inventario. Por tanto, el partidador se ajustó a la ley al efectuar su trabajo y no puede dársele orden en contrario; es decir, no puede declararse fundada la objeción comentada, la cual, al haberse formulado anteriormente al inventario con resultados

negativos, mal puede repetirse objetando la partición por ese motivo.

No se violó por el *ad quem*, pues, por falta de aplicación; el artículo 1797 del Código Civil; mas no por la razón que él expuso, o sea la de que no estaba vigente, sino por las consideraciones anteriores. El cargo, entonces, resulta impróspero.

Segundo

20. Hácese consistir en violación directa, por falta de aplicación, de los artículos 1234 y 1235 del Código Civil, normas según las cuales “si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes —y tal es el caso en sentir del censor— pero no de tanto valor como la porción conyugal, sólo tendrá derecho al complemento” a ese título, debiéndose imputar para el efecto también todo lo demás a que tuviere derecho, “a cualquier otro título”, en la sucesión del difunto, por lo que “podrá, a su arbitrio, retener lo que posee o se le deba, renunciando la porción conyugal, o pedir la porción conyugal abandonando sus otros bienes o derechos”.

Desenvolviendo el cargo, manifiesta el recurrente que en el proceso obra copia legalmente registrada de la escritura pública número 137, otorgada el 20 de febrero de 1961 en la Notaría del Círculo de La Palma, en la cual consta que es de propiedad de la cónyuge sobreviviente el inmueble distinguido con el número 7-41 de la calle 7 del Municipio de Zipaquirá; en consecuencia, continúa, tanto el valor de este bien propio, como el de la cuarta de libre disposición que testamentariamente le asignó el *de cuius*, deben imputarse a la porción conyugal, para determinar si tiene o no derecho a ella, o debe rebajarse su cuantía, como lo contempla el precepto 1234 del Código Civil, “ya que a la porción conyugal debe imputarse lo que corresponde a la viuda a cualquier título dentro de la herencia del cónyuge difunto”, por cuanto, como lo enseña un connotado expositor nacional, que cita, “el cónyuge no puede acumular su porción conyugal a ningún otro derecho que tenga en la sucesión del premuerto. El derecho que tenga se le imputa a porción”.

Termina el cargo manifestando el recurrente que “en la sentencia acusada se omitió de plano la aplicación del artículo 1234 del Código Civil, puesto que consideró que el tercer inciso del artículo 1242 del Código Civil, derogado por el 23 de la Ley 45 de 1936, era suficiente en la aplicación de la división de la masa sucesoral”.

Se considera

21. Las objeciones formuladas por el hoy recurrente en casación al trabajo de partición efectuado en el proceso sucesorio tantas veces citado, como se dejó dicho en el numeral anterior, fueron:

a) No haber tomado en cuenta la recompensa ordenada por el artículo 1797 del Código Civil, comentada en el despacho del cargo anterior;

b) La de que adolecía de inequidad, por cuanto los inmuebles adjudicados a la cónyuge sobreviviente y a la otra heredera estaban mejor situados que los asignados al objetante, que se estudiará adelante, y

c) La consistente, según los propios términos empleados, en “que se otorgó en forma arbitraria a la cónyuge superstite la mitad de la herencia cuando en realidad sólo podía otorgársele la cuarta de libre disposición, una vez hechas las deducciones resultantes de la liquidación de la sociedad conyugal y las legítimas rigorosas correspondientes a los herederos”, que fundamentó así:

A la cónyuge corresponde, según el testamento otorgado por el *de cuius*, la porción conyugal más la cuarta de libre disposición; esa porción es igual a la legítima rigorosa de un hijo, o sea que equivale a la tercera parte de los bienes que integran la mitad legitimaria por ser dos los herederos (Art. 1236 C. C.). En consecuencia, se dijo, debiéndose imputar a la porción conyugal (Art. 1234 *ibidem*) “todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto”, debe deducirse de ella “lo que a la cónyuge le corresponde testamentariamente o sea la cuarta de libre disposición”, de donde resulta que, “siendo tres los herederos la porción equivale al

33.33.33%, menos la parte que se imputa a la voluntad testamentaria que es el veinticinco por ciento (25%) de la herencia, resulta a favor del cónyuge el 8.33.33% de la misma herencia como porción conyugal”.

El cargo en casación, pues, incluye una objeción adicional a la partición practicada en el proceso sucesorio de Eustasio Camargo Rubio, en cuanto se involucra en él el aspecto referente a que la cónyuge sobreviviente tiene bienes propios que, como se tiene visto, no fue discutido en las instancias, en donde únicamente se planteó el problema de los bienes asignados a la cónyuge como consecuencia de habérsele dejado la cuarta de libre disposición. Sobre el particular tiene dicho la Corte:

“Doctrina constante de la Corte ha sido que no pueden presentarse nuevas objeciones a la partición dentro del recurso de casación concebido contra la sentencia aprobatoria de ella, ya que, no habiendo sido formuladas en la oportunidad procesal, no pudieron ser consideradas por los jueces de instancia, y por lo mismo escapan al control de la casación”.

Cabe agregar que el Tribunal basó su decisión en el artículo 1237, comentado, por cuanto para él el partidor obró legalmente al sumar a la porción conyugal la cuota libre, como lo permite esa norma, según lo visto, habiéndose olvidado el censor de atacarla en su demanda contra la sentencia que tal dispuso, como también el precepto 1236 *ibidem*, que señala el monto de la porción conyugal según que el supérstite concorra a la sucesión con o sin descendientes legítimos del causante, razón por la cual el cargo, por incompleto, no puede prosperar.

22. Por último, en cuanto a la parte del cargo que refleja fielmente la objeción en su tiempo formulada, o sea la en que se decía que el cónyuge sobreviviente no puede acumular su porción conyugal a ningún otro derecho que a cualquier título tenga en la sucesión de su consorte por así disponerlo el artículo 1234, inciso 2º, del Código Civil, se tiene en cuenta:

a) El recurrente basa su objeción en la inaplicación de dicha norma legal, según la cual “se imputará por tanto a la porción conyugal todo lo que el cónyuge so-

breviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, inclusive su mitad de gananciales, si no la renunciara”, por lo que, en su concepto, el valor de la cuarta de libre disposición que testamentariamente le asignó el difunto, debe imputarse a la porción conyugal con el objeto de determinarla en su cuantía, pues ella, en el presente caso y por cuanto concurre con hijos legítimos, no puede ser superior a una legítima rigurosa. Pero olvida el censor que el artículo 1237 de la obra en cita, que por posterior y especial debe aplicarse preferentemente (Ley 57 de 1887, Art. 5º), manda que “si el cónyuge sobreviviente hubiere de percibir en la sucesión del difunto, a título de donación, herencia o legado, más de lo que le corresponde a título de porción conyugal, el sobrante se imputará a la parte de los bienes de que el difunto pudo disponer a su arbitrio”. En otras palabras, dicho precepto permite que, cuando el testador asigna a su cónyuge, bien por donación, herencia o legado, bienes que excedan el valor de la porción conyugal a que éste tiene derecho, ese sobrante se le paga con imputación o afectación de la cuarta de libre disposición, si así lo ordena expresamente el testador, luego en tales casos, se repite, el cónyuge sobreviviente, para estarse al evento de la censura, además de la porción conyugal, puede recibir, como lo mandó la memoria testamentaria del premuerto, la parte de que él podía disponer libremente; de lo contrario, al sobreviviente se le colocaría en inferioridad de condiciones a un extraño respecto a la asignación de la cuarta en referencia, lo que no es concebible cuando, como lo afirman los doctrinantes, “teniendo en cuenta los antecedentes de nuestra legislación, el espíritu que la informa, la expresión literal de la ley y los argumentos de autoridad, es necesario concluir que el legislador ha protegido en forma especial los derechos del cónyuge sobreviviente, y, por ende, con este criterio se deben interpretar las disposiciones pertinentes, no tan sólo en el evento de que el cónyuge supérstite opte por porción conyugal, sino también en los casos en que el cónyuge concorra como heredero” (Univérsitas, número 27, Pág. 164).

b) Sobre este particular, además, ya la Corte de tiempo atrás tiene definido su criterio. En efecto, ha dicho:

(i) Aunque haya descendientes legítimos, si el cónyuge supérstite es instituido heredero, tiene derecho no sólo a porción conyugal, sino a mayor cuota de la herencia, y en ese caso el sobrante de la porción conyugal se imputará de acuerdo con el artículo 1237 del Código Civil a la cuarta de libre disposición" (XI, 51).

(ii) "Ha solidado encontrarse oposición entre el artículo 1234 que obliga, por decirlo así, a requisar al cónyuge con el fin de establecer nimiamente si tiene algo para tomarse en cuenta, y el 1237 que autoriza a que lleve por herencia, donación o legado del difunto más de lo que valdría la porción conyugal. Pero es de acogerse al concepto que armoniza las dos disposiciones, no viendo en la última sino la autorización al difunto de favorecer a su consorte con asignaciones que afectarán la cuota libre de sus bienes, la que, como libre que es, no podría darse por cerrada a una persona por la cual la misma ley vela; y, además, una regla de contabilidad que organiza la imputación así: lo que de suyo valdría la porción aun sin merced alguna, se imputa a porción conyugal, y el exceso, que es lo que a la verdad constituye merced, se imputa a la cuota libre, con lo que, de otro lado, se respeta la integridad de las otras cuotas forzosas, sean sólo la mitad legitimaria o ésta con más la cuarta de mejoras.

"Cuando el difunto asigna tal o cual bien a su consorte o le reconoce créditos de que no hay principio de prueba por escrito y, por tanto, a la luz de los artículos 1008, 1162 y 1120 del Código Civil, lo instituye legatario, el supérstite habrá de llevar su legado como lo manda el artículo 1237, si a mayor abundamiento para plena claridad ha advertido el difunto al legar que el valor de lo legado no se tome en cuenta al computar la porción sino que se tome de la cuota libre. Precisamente el cónyuge, a más de su porción conyugal íntegra, ha de llevar su legado".

No debe perderse de vista que, de acuerdo con el testamento del de cujus, el cón-

yuge supérstite habría de recibir, "además de la porción conyugal que le corresponde o pueda corresponderle de conformidad con la ley, la cuarta parte de todos mis bienes de la cual puedo disponer libremente" (XL, 604).

Tercero

23. Acúsase en éste la sentencia por violación directa de los ordinales 7º, 8º y 9º, del artículo 1394 del Código Civil, que disponen que "en la partición de una herencia o de lo que de ella restare, después de las adjudicaciones de especies mencionadas en los números anteriores, se ha de guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuela o lotes de la masa partible"; que "en la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos; pero se tendrá cuidado de no dividir o separar los objetos que no admiten cómoda división o de cuya separación resulte perjuicio; salvo que convengan en ella unánime y legítimamente los interesados"; y que cada uno de éstos "podrá reclamar contra el modo de composición de los lotes", violación ésta motivada, según el censor, por falta de aplicación de dichas normas. En efecto, dice que ellas no fueron tenidas en cuenta por el partidor, por cuanto al recurrente "se le adjudicaron en el lejano municipio de La Palma, mientras a los demás herederos en la ciudad de Zipaquirá. Como el partidor se limitó a hacer las adjudicaciones en común y proindiviso consideramos que ha violado el artículo 1394 del Código Civil y especialmente las reglas comprendidas en los ordinales 7º, 8º y 9º del citado artículo que expresan el criterio legal de equidad que debe inspirar y encauzar el trabajo del partidor... En tal sentido las hijuelas de los herederos por ser en común y proindiviso debieron ser igualitarias y no con la discriminación en que se sometió al heredero Mario Camargo, un tanto arbitraria al otorgar a un grupo de herederos bienes los mejor situados y a él, Mario Camargo, los peor situados".

Se considera

24. Este cargo tampoco podrá prosperar.

En efecto:

a) Ordena el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil que, para el ataque en casación de una sentencia por la causal primera, requiérese que el fallo haya violado una norma de derecho sustancial, o sea una de aquellas que, en frente de la situación fáctica que ellas mismas contemplan, crean, declaran, modifican o extinguen relaciones jurídicas; y, según doctrina de esta Corporación (CVIII, 67), las normas acusadas no son de ese linaje.

b) Sobre esas mismas disposiciones, la Corte también tiene dicho lo siguiente, que ahora se reafirma:

“Las normas del artículo 1394 del Código Civil no tienen el carácter de disposiciones imperativas, sino que son más bien expresivas de un criterio de equidad para orientar al partidor en la realización de su trabajo, por lo cual no es técnico formular

contra ellas un cargo por violación directa” (Cas. Civ. de 31 de marzo de 1967, aún no publicada).

Se rechaza, en consecuencia, el cargo.

En virtud de las consideraciones anteriores, 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 recurrida, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 7 de diciembre de 1972.

Sin costas en virtud de la rectificación doctrinaria hecha.

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

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Ernesto Escallón Vargas, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

RECURSO DE REVISION

No es un nuevo camino para corregir errores del proceso primitivo. — Requisitos de la causal primera. — Fuerza mayor y caso fortuito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., veinte de noviembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Procédese a decidir el recurso de revisión que propuso Martiniano Llanos Hernández contra la sentencia de 1º de septiembre de 1971, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por medio de la cual se desató la segunda instancia dentro del proceso ordinario que, frente al recurrente y a Epifanía Rubiano de Llanos, propusiera Abel Muñoz Garavito para que se declarara resuelto el contrato de promesa de permutación de inmuebles, consignado en documento suscrito en Melgar el 22 de junio de 1957.

II

Antecedentes

1. Como se hizo constar en el escrito privado antes referido, Abel Muñoz Garavito, a título de cambio, prometió transferir a Martiniano Llanos Hernández y a Epifanía Rubiano de Llanos, quienes prometieron adquirir al mismo título, el inmueble rural conocido con el nombre de "Salamina", situado en la fracción de Pajuilera, vereda de Tres Esquinas, en términos del Municipio de Cunday, singularizado debidamente en dicho escrito. A su vez, y como contraprestación, éstos prometieron transferir a aquél, a título de permuta, quien prometió adquirir al mismo título, un lote de terreno con la casa de habita-

ción que en él se levanta, distinguida con el número 5-30 de la calle 17 de la población de Fusagasugá, cuyos linderos allí se dan, más la cantidad de veinte mil pesos (\$ 20.000.00), pues se estimó que este segundo inmueble valía menos que el primero. La encima debía pagarse al cabo de un año. Los prometientes señalaron el día 15 de noviembre de 1967 como fecha en que, ante el Notario de Melgar, debía otorgarse la competente escritura de cambio y estipularon que quien incumpliera lo pactado debía pagar a la parte fiel la suma de \$ 20.000.00 como multa.

Como quiera que Llanos Hernández y Epifanía Rubiano de Llanos no comparecieron el día prefijado a otorgar el instrumento de permutación, al parecer porque no habían cancelado un gravamen hipotecario que pesaba sobre el inmueble cuyo dominio debían transferir, Abel Muñoz Garavito, a solicitud de ellos, aceptó que fuera el 30 de mayo de 1968 la nueva fecha para el otorgamiento de la escritura pública mencionada. Llegado este nuevo día, los cónyuges Llanos-Rubiano manifestaron ante el Notario de Melgar que, como a la sazón tampoco habían obtenido la cancelación del apuntado gravamen hipotecario, no podían otorgar la respectiva escritura de enajenación y declarar, como libre, el inmueble sito en Fusagasugá.

2. Alegando que desde un principio se había allanado a cumplir las obligaciones que contrajo con la promesa de contrato y que, en cambio, los Llanos-Rubiano habían insatisfecho las suyas, Abel Muñoz Garavito demandó ante el Juez Civil Municipal de Cunday, competente entonces, que se declarara "rescindido el contrato de permuta" y que, consecuentemente, se dis-

pusiera la mutua restitución de las fincas raíces y el pago de la multa en su favor.

3. Admitida la demanda y notificado el auto admisorio de la misma, los demandados dejaron vencer el término del traslado sin darle respuesta.

4. Agotado el trámite, el Juez Civil del Circuito de Melgar le puso fin a la primera instancia con sentencia calendada el 21 de abril de 1971, por medio de la cual negó las peticiones. Como el demandante apelara de esta decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por medio de la suya fechada el 1º de septiembre siguiente, la revocó y, en su lugar dispuso: "a) Declárase resuelto el contrato de promesa de permuta de que trata el documento privado de fecha 22 de junio de 1967, celebrado en Melgar entre Abel Muñoz G. y Martiniano Llanos H.;

"b) Condénase a Martiniano Llanos H. a pagarle a Abel Muñoz G. la suma de veinte mil pesos, estipulada como multa o cláusula penal para el caso de incumplimiento. Se entiende que las sumas abonadas a Muñoz a cuenta del contrato, puede imputarlas al pago de la multa;

"c) Condénase a Martiniano Llanos H. y a Epifanía Rubiano a entregar a Abel Muñoz G. tan pronto se ejecutorie la sentencia, la finca Salamina...

"d) Abel Muñoz G. entregará a Martiniano Llanos y a Epifanía Rubiano de Llanos, tan pronto se ejecutorie la sentencia, una casa situada en el área urbana de la ciudad de Fusagasugá, de una sola planta, con su solar, construida en ladrillo, techo metálico y eternit, situada en la calle 17 número 5-30...

"Abel Muñoz G. debe devolver a Martiniano Llanos tan pronto se ejecutorie la sentencia, la suma de diez mil pesos que recibió a cuenta del valor de la promesa de permuta, lo mismo que la letra de cambio que recibió por igual valor y por la misma causa, si no le ha sido pagada. Pero si ya le fue pagada puede compensar esos valores con el valor de la multa de veinte mil pesos a cuyo pago se condena a Llanos".

5. El Tribunal, como soportes de su sentencia, tuvo los siguientes:

a) Que lo pretendido fue la resolución del contrato de promesa de permuta y no

su rescisión, pues en la demanda no se alega la nulidad de aquél, sino su incumplimiento;

b) Que "los demandados no se opusieron expresamente a la resolución demandada, sino que han venido sosteniendo y tratando de probar en el proceso, que la finca 'Salamina' pertenece a la sucesión de Filadelfo Ramírez", marido de Margarita Rivera, antecesora del demandante Abel Muñoz Garavito en el dominio de la finca 'Salamina', por lo cual aseveran que éste no es el verdadero dueño;

c) Que el demandante probó su allanamiento al cumplir todas sus obligaciones y que, en cambio, "el demandado Llanos no concurrió a la Notaría de Melgar en la fecha acordada para la formalización de la escritura, ni tenía entonces la casa libre de gravámenes, por lo cual se limitó a obtener una prórroga, a cuyo vencimiento tampoco estuvo dispuesto a cumplir su obligación".

III

El proceso de revisión

1. Martiniano Llanos Hernández, quien fuera uno de los demandados en el ordinario de resolución del contrato de promesa de cambio, interpuso el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de 1º de septiembre de 1971, que pronunciara el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué para dirimir la controversia.

En la demanda respectiva, que fue presentada oportunamente el 14 de marzo de 1972, se pide que, con citación de Abel Muñoz Garavito y de los herederos de Epifanía Rubiano de Llanos, quien para entonces había fallecido, se invalide la sentencia impugnada y, en su lugar, se dicte fallo por medio del cual se declare la absolución de Martiniano Llanos y Epifanía Rubiano de Llanos, quienes figuraron como demandados en el proceso ordinario de resolución del contrato de promesa de permuta.

Fúndase el recurso en la causal primera de las erigidas por el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, la cual consiste en "haberse encontrado, después de pronunciada la sentencia, documentos que

habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria”.

2. Como causa petendi se expusieron los siguientes episodios:

Que entre Abel Muñoz Garavito, de una parte, y Martiniano Llanos, quien además obró en nombre de su mujer Epifanía Rubiano, de otra, ajustóse promesa de contrato en que el primero prometió transferir a ésta a título de permutación, el inmueble ‘Salamina’, descrito antes, y, a su vez, Martiniano Llanos y Epifanía Rubiano prometieron transferir, al mismo título, a a Abel Muñoz Garavito, un lote de terreno y la casa de habitación en él levantada, distinguida con el número 5-30 de la calle 17 de la población de Fusagasugá, y encimarle la cantidad de \$ 20.000.00. Que recíprocamente, se entregaron materialmente los dichos inmuebles, y que los cónyuges Llanos-Rubiano pagaron a Abel Muñoz \$ 10.000.00 de los \$ 20.000.00 que habían prometido encimarle. Que para otorgar la escritura de cambio eligieron la Notaría de Melgar y fijaron como fecha del otorgamiento el 15 de noviembre de 1967. Que Llegado este día “las partes convinieron en prorrogar el término para firmar la escritura, sin determinación de fecha”. Que por cuanto la antecesora de Abel Muñoz Garavito en el dominio de la finca “Salamina”, Margarita Rivera de Ramírez, era casada para cuando enajenó ese inmueble, y como quiera que, “según rumores callejeros”, su marido había fallecido antes de esa enajenación, los cónyuges Llanos-Rubiano pidieron a Abel Muñoz Garavito que “aclarara esa situación”, pues “la finca podría pertenecer a una sociedad conyugal ilícida y, por lo mismo, podría ser imperfecto el título de propiedad que exhibía Muñoz Garavito”. Que como éste negara tal suceso, Llanos y su mujer se negaron a firmar la escritura mientras aquél “no aclarara esa falla en su titulación”. Que, fundándose en el incumplimiento de los Llanos-Rubiano, Muñoz Garavito demandó, ante el Juez Civil Municipal de Cunday, la resolución de la promesa de contrato de permutación, proceso en el cual, en segunda instancia, se acogió esta súplica. Que como nadie daba razón del lugar en

que se había celebrado el matrimonio de Margarita Rivera con Filadelfo Ramírez, ni dónde había fallecido éste, desde luego que Abel Muñoz negaba el hecho y habían desaparecido tanto la viuda Rivera de Ramírez como sus hijos, no fue posible localizar las actas para demostrar esos acontecimientos. Que guiados por las autoridades de Salud de Bogotá, Martiniano Llanos y su apoderado localizaron el registro civil de la defunción de Filadelfo Ramírez, ocurrida el 21 de septiembre de 1963, acta por la cual supieron que éste había nacido en Villeta, donde se localizó la de nacimiento, pero sin nota marginal que dijera dónde se había casado. Que mientras esto ocurría venció el término de pruebas en el proceso de resolución, y se agotaron sus dos instancias sin que pudiera aportarse la prueba de que Margarita Rivera había casado con Filadelfo Ramírez, “esto por la negativa de Muñoz Garavito a presentar la prueba y por la imposibilidad física de encontrarla en cualquiera de las notarías o alcaldías de Colombia o en las embajadas, juzgados y demás oficinas del mundo entero”. Que esta imposibilidad constituyó fuerza mayor invencible y que, “además, la prueba no se pudo aportar por la negativa del matrimonio dada por Muñoz Garavito”. Que como no se pudo aportar la partida del matrimonio Rivera-Ramírez, el Tribunal calificó a Abel Muñoz como contratante cumplido y como infieles a los Llanos Rubiano. Que el 22 de octubre de 1971, “por pura casualidad”, el recurrente Martiniano Llanos encontró en la Notaría 2ª de Sevilla (Valle) la anhelada acta del matrimonio de Margarita Rivera y Filadelfo Ramírez. Que, finalmente, si este documento se hubiera podido aportar al proceso, habría quedado demostrado el incumplimiento de Abel Muñoz Garavito, pues si Margarita Rivera contrajo matrimonio con Filadelfo Ramírez desde el 12 de junio de 1947, en Sevilla (Valle), y éste falleció el 21 de septiembre de 1963, ella no podía enajenar el 15 de julio de 1966 la finca Salamina, la cual había comprado por escritura 189 de 29 de mayo de 1962, por cuanto en esta fecha ya estaba disuelta la sociedad conyugal por muerte del marido y no se había practicado la liquidación de la misma y la distribución de gananciales.

3. Fijada la caución que debía prestar el recurrente, y aceptada ésta, la Corte, en auto de 24 de junio de 1972, admitió la demanda de revisión y ordenó correrla en traslado a los demandados. Y como en ella se afirmó el desconocimiento de quienes fueran los herederos de Epifanía Rubiano de Llanos, se dispuso el emplazamiento de los mismos. El demandado Abel Muñoz contestó el libelo demandador y expresamente manifestó que se oponía a las pretensiones del recurrente. Diligenciado el emplazamiento de los herederos de Epifanía Rubiano de Llanos, como ninguno se presentó, designóseles curador ad litem; a quien se le hizo personal notificación del auto admisorio de la demanda y se le corrió ésta en traslado, previo discernimiento del cargo. El curador, entonces, dio respuesta a la demanda diciendo que no se oponía a lo pretendido por el recurrente y que coadyuvaba las solicitudes contenidas en aquella.

4. A. Por auto de 28 de abril de este año se abrió el término para practicar las pruebas que, oportunamente, habían pedido las partes. Durante el mismo, el demandado Abel Muñoz G., adujo las siguientes:

a) Declaraciones de Jorge Angel Ramírez y Emilio Castaño Sánchez (Fl. 10 Vto. y 11 del cuaderno 6º), quienes afirman desconocer cuál es el valor de la producción anual de la finca Salamina;

b) Copia de la demanda presentada el 23 de noviembre de 1968 que, para cumplimiento del hecho debido, propusieron Martiniano Llanos y Epifanía Rubiano de Llanos frente a Abel Muñoz Garavito con el fin de que se otorgara la escritura de permutación de la finca 'Salamina', y copia de las sentencias de primera y segunda instancias recaídas en ese proceso (Fl. 33 Vto. a 45 del C. 6º), con constancias de su notificación y ejecutoria;

c) Certificado de libertad relativo a la dicha finca rural, expedido con el número 570 por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Melgar (Fl. 45 y 45 V. del C. 6º).

Además, con el escrito de contestación a la demanda, presentó: a) Comprobante de que él pagó a la Caja de Crédito Agrario, el 4 de julio de 1967, la obligación hipotecaria número 558 que, sobre la finca Salamina, había constituido Margarita Ri-

vera de Ramírez, y b) Copia de su declaración de renta y patrimonio correspondiente al año gravable de 1967.

B. El recurrente demandante aportó, durante el período probatorio, los siguientes medios de convicción:

a) Copia, debidamente registrada, de la escritura 249, corrida el 15 de julio de 1966 ante el Notario de Melgar y por medio de la cual Margarita Rivera de Ramírez dijo transferir a Abel Muñoz Garavito, en la suma de \$ 40.000.00 y de contado, "el derecho de dominio y posesión que tiene de su exclusiva propiedad sobre una finca rural, denominada Salamina, ubicada en la vereda Tres Esquinas del Municipio de Cunday" (Fl. 14 Vto. C. 6º);

b) Copia, debidamente registrada, de la escritura 189, pasada el 29 de mayo de 1962 ante el Notario de Melgar, por medio de la cual Dionisio Pérez Hernández dijo transferir, a título de compraventa, a Margarita Rivera de Ramírez, cedulada bajo el número 29878007, "el derecho de dominio y posesión que el exponente vendedor tiene en la finca rural denominada 'Salamina' (Fl. 17 del C. 6º);

c) Acta notarial de nacimiento de Osoris Ramírez Rivera, hija de Filadelfo y Margarita (Fl. 19 Vto. del cuaderno 6º);

d) Acta notarial de nacimiento de Jorge Ariel Ramírez Rivera, hijo de los mismos (Fl. 21 Vto. del cuaderno 6º);

e) Interrogatorio practicado a Abel Muñoz (Fl. 25 Vto. y 55 del C. 6º);

f) Partida eclesiástica de matrimonio de Margarita Rivera con Filadelfo Ramírez (Fl. 31 del mismo cuaderno);

g) Recibo en que consta haberse pagado la suma señalada para gastos del curador ad litem (Fl. 50);

h) Acta notarial de nacimiento de Miriam Ramírez Rivera (Fl. 57 C. 6º);

Además, el recurrente adujo con su demanda las siguientes:

a) Partida de defunción de Filadelfo Ramírez García, muerto el 21 de septiembre de 1963, expedida por el Notario 7º de Bogotá el 17 de julio de 1968;

b) Partida de matrimonio correspondiente al que, el 12 de junio de 1947, en el municipio de Sevilla (Valle), contrajeron Filadelfo Ramírez y Margarita Rivera;

c) Certificado número 872, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Melgar, relativo a la tradición que se ha operado sobre la finca rural conocida con el nombre de Salamina, desde el 27 de noviembre de 1961;

d) Acta de defunción correspondiente a Epifanía Rubiano de Llanos, muerta el 25 de octubre de 1971, expedida por el Notario del Círculo de Ibagué;

e) Tomadas del proceso que ante el Juez del Circuito de Melgar se adelantó por Martiniano Llanos y Epifanía Rubiano frente a Abel Muñoz, para el cumplimiento del hecho debido, presentó copia de lo siguiente:

1º De las posiciones absueltas por el demandado Muñoz Garavito.

2º Del documento privado en que está recogida la promesa de contrato de permutación que, el 22 de julio de 1967, suscribieron Martiniano Llanos y Abel Muñoz y de la nota de autenticación de las firmas de éstos.

3º De la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 1º de septiembre de 1971, y de las constancias de su notificación y ejecutoria.

4º Del memorial por medio del cual interpuso la parte demandante el recurso de casación, y del auto que el Tribunal dictó negándolo y de las constancias de notificación y ejecutoria; y-

5º De la liquidación de costas y del auto que la aprueba.

f) Copia del acta eclesiástica de nacimiento de Filadelfo Ramírez García.

C. Finalmente se observa al folio 60 del cuaderno 6º la relación de gastos hechos por el curador ad litem, presentada por éste.

5. Fenecido el término de pruebas, se ordenó correr el expediente en traslado a las partes para alegación, las que presentaron los respectivos alegatos de conclusión.

Como no se observa motivo de nulidad, se procede a decidir.

III

El recurso de revisión

1. La seguridad, principio que se tutela garantizando la firmeza de los fallos con-

tra los que no cabe ya recurso alguno, por razones de orden ético, debe ceder, entre otros, en el extremo caso de que se encuentre, después del pronunciamiento de la sentencia, documento que habría variado necesariamente la decisión contenida en ella, y siempre que el recurrente, por fuerza mayor o caso fortuito, no haya podido aportar al proceso ese medio de prueba, o que esa imposibilidad haya surgido por obra de la parte contraria.

No es, pues, este recurso extraordinario un nuevo camino que la ley permita transitar para lograr la corrección de errores probatorios. Sus puertas no se abren para que quien omitió, por incuria o ignorancia, el aporte de una determinada prueba, pueda hacerlo después, desde luego que con ello claramente se atentaría, y de manera mortal, contra la autoridad de que deben estar revestidas las sentencias en firme, que las hace inatacables, y ninguna solidez tendría la presunción de verdad que las cobija. Si toda sentencia pudiera ser impugnada por esta vía extraordinaria del recurso de revisión, siempre que, después de pronunciada, se encontrase prueba documental que sirviera para fundar una decisión diferente de la impugnada, entonces desaparecería el principio de la cosa juzgada, lo que se traduciría en inseguridad jurídica notoria. Tal la razón para que el legislador, tratándose de la causal primera, haya limitado la invocación del recurso a los eventos en que el recurrente no pudo aportar esa prueba instrumental "por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria". Si el documento no se adujo porque simplemente no se había averiguado dónde reposaba, o porque no se pidió su aporte en ninguna de las oportunidades que la ley señala para que pueda valorarse su mérito de persuasión, entonces el hecho de que, con posterioridad al fallo, se encuentre un documento que hubiera podido hacer variar la decisión combatida, no es suficiente para sustentar el recurso extraordinario de revisión. Si el recurrente no demuestra, pues a él le corresponde la carga de ello, que fue el caso fortuito o la obra de su adversario lo que impidió aportar la prueba documental al proceso, inexorablemente está llamado a fracasar.

2. Para que la causal primera de revisión se configure, pues, menester es probar:

a) Que el recurrente encontró, después de pronunciada la sentencia que es materia de revisión, una prueba de linaje documental, no de otro;

b) Que el documento, per se, revista un poder tal de convicción que si él hubiera obrado en el proceso, la decisión hubiera sido diferente a la recurrida; y

c) Que "por fuerza mayor o caso fortuito" o por obra del contrincante se hizo imposible el aporte de esa prueba documental.

3. Dimana de lo anterior que aunque la parte vencida, después del pronunciamiento de la sentencia, encuentre documento que habría variado aquella decisión, si no demuestra que su aducción al proceso no pudo hacerse por fuerza mayor o por obra de su contraparte, perderá el recurso extraordinario, pues la primera causal contemplada por el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, no sirve, como antes se dijo, para mejorar la prueba en cualquier evento, sino solamente en los casos señalados expresamente allí.

4. El recurrente Martiniano Llanos Hernández, como estribo del recurso de revisión que ha intentado, alegó la causal primera que describe el citado artículo 380 y la hizo consistir en que, "por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria", no pudo aportar al proceso en que se litigó la resolución de la promesa de permutación que celebrara con Abel Muñoz, copia del acta notarial del matrimonio que habían celebrado Margarita Rivera y Filadelfo Ramírez; que esta prueba documental, que habría modificado la decisión, la encontró, "por pura casualidad", en la Notaría de Sevilla, después de haberse proferido la sentencia que puso fin a aquel litigio.

5. Ninguna prueba se trajo al proceso que demuestre que por obra de Abel Muñoz Garavito se hizo imposible aducir, durante el desarrollo del litigio sobre resolución de la promesa de contrato, la copia del acta del matrimonio que habían celebrado Margarita Rivera y Filadelfo Ramírez. Tal hipótesis debe ser desechada, por tanto. Tampoco existe prueba de que haya sido el caso fortuito o la fuerza mayor lo que im-

pidió al recurrente aportar ese medio documental, pues de tal poder no está investida la simple manifestación del recurrente. La doctrina de la Corte, que tiene sólido fundamento en la definición que contiene el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, ha enseñado, desde antaño, que la fuerza mayor que en el derecho moderno se iguala al caso fortuito, consiste en un suceso que, simultáneamente, sea imprevisible e irresistible, es decir, que por su naturaleza no exista fundamento racional o probabilidad para pensar o esperar que él acaezca, pues su ocurrencia rebasa los lindes de toda humana previsión y, además, que por él se genere para el deudor una imposibilidad de cumplimiento, no una simple dificultad, así ésta sea muy grande.

El recurrente ha alegado que para aportar la prueba del matrimonio de Margarita Rivera, por cuanto no se sabía dónde se hallaba su registro, habría sido necesario buscarla en todas "las notarías o alcaldías de Colombia o en las embaiadas, juzgados y demás oficinas del mundo entero". Tal afirmación que inútilmente tiende a demostrar la imposibilidad del aporte de la partida, entraña solamente una dificultad, así ella se manifieste grande, mas no una verdadera imposibilidad.

6. No está, pues, demostrado que por fuerza mayor o por obra del adversario, el recurrente quedara colocado en situación de imposibilidad para aportar la memorada acta del estado civil relativa al matrimonio de Margarita Rivera. De los autos aparece que él ninguna diligencia procesal hizo tendiente a obtener tal resultado, lo que indica ya descuido de su parte, pues como brota de los escritos que presentó en el curso de las dos instancias, ni siquiera solicitó que se expidiera la copia de tal documento.

Síguese de lo anterior, como obligada conclusión, que si el recurrente no solicitó la práctica de esa prueba documental, mal podía ella haberse allegado.

7. Mas discurriendo en campos de hipótesis y aceptando que estuviera demostrado que Martiniano Llanos Hernández no pudo aportar esa prueba al proceso por obra de Abel Muñoz, su adversario, o por fuerza mayor, en tal evento tampoco estaría configurada la causal primera de revi-

sión que aquél esgrimió como base del recurso extraordinario, pues de un lado, el aporte de ese documento no hubiera variado la decisión del Tribunal de Ibagué, ya que ésta se fundó principalmente en que Martiniano Llanos Hernández "no concurrió a la Notaría de Melgar en la fecha acordada para la formalización de la escritura, ni tenía entonces la casa libre de gravámenes reales, por lo cual se limitó a obtener una prórroga a cuyo vencimiento tampoco estuvo dispuesto a cumplir su obligación", y porque, de otro, la obligación que surgía del contrato de promesa de cambiar inmuebles que suscribieron Muñoz Garavito y Llanos Hernández, era la de otorgar la respectiva escritura que recogiera, perfeccionándolo, el contrato de permutación de bienes raíces, es decir, era una obligación de hacer, para cuyo cumplimiento en nada influía que Margarita Rivera hubiera sido casada, pues se satisfacía con el otorgamiento de la respectiva escritura pública de permuta. Aquella obligación de hacer, que iba a traducirse en la constitución del título correspondiente, no se refería al cumplimiento del modo; la tradición, la cual debía cumplirse posteriormente, mas como una obligación nacida del contrato de permuta y no de su simple promesa de realizarlo. Entonces, aun en el evento de que se hubiera demostrado que Margarita Rivera era viuda para cuando enajenó la finca 'Salamina', tal circunstancia no habría hecho variar lo decidido por el Tribunal de Ibagué; por lo cual, faltando la prueba de ese presupuesto de la causal primera de revisión, resulta infundado el recurso.

8. Como la Corte, además, encuentra que del haz probatorio surge que el incumplimiento de la promesa por parte del recurrente no se debió a la razón tardíamente alegada, hará sobre ese punto algunas consideraciones.

Asombra, por su falta de lealtad procesal, la conducta asumida por el recurrente desde un principio. En efecto, al ser demandado para que se resolviera el contrato de promesa de permuta que celebró con Abel Muñoz Garavito, no sólo no contestó la demanda en que se afirmaba su incumplimiento porque no había comparecido a otorgar la competente escritura pública de

permutación, ya que no había cancelado el gravamen hipotecario que, desde antes, pesaba sobre el inmueble situado en Fusagasugá, y porque no hizo la entrega material del mismo en la fecha acordada, sino que renunció al resto del traslado de la misma. Hasta cuando se abrió el período probatorio guardó silencio sobre si aceptaba los hechos afirmados por el demandante como constitutivos de su incumplimiento o si los rechazaba y alegaba otros que permitieran justificar su conducta. Luego, cuando el ciclo probatorio se abrió, insinuó, por las pruebas solicitadas y así lo dijo después expresamente en su alegato de conclusión, que no había comparecido a otorgar la escritura de permuta, porque el bien cuyo dominio prometió transferirle Abel Muñoz, había sido de Margarita Rivera quien lo adquirió estando casada con Filadelfo Ramírez y lo había enajenado después de muerto éste, es decir, sin que se hubiera liquidado la sociedad conyugal en cuyo haber se contaba ese inmueble. Y olvidando que, desde entonces, este argumento constituyó su única defensa en el proceso en que Abel Muñoz demandó la resolución de contrato de promesa de permutación, sin dársele nada y asumiendo posición totalmente contradictoria, demandó a éste, en noviembre de 1968, para que le otorgara la competente escritura de permutación, alegando que tal instrumento no se había firmado "por renuencia del contratante Abel Muñoz Garavito", como lo afirma en el hecho 11 de la citada demanda que, para el cumplimiento del hecho debido, presentó ante el Juez Civil del Circuito de Melgar cuando aún estaba en curso el otro proceso referido. Esta doble y contradictoria posición del recurrente Llanos Hernández es indefensible en todo campo.

9. Fluye de todo lo anterior que el recurso de revisión intentado carece de fundamento, por lo cual y de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, Martiniano Llanos Hernández será condenado a pagar a Abel Muñoz Garavito las costas de este proceso de revisión y los perjuicios que con su seguimiento le haya causado. La condenación no se hará también en favor de los herederos de Epifanía Rubiano de Llanos, que asimismo fueron de-

mandados, pues el curador *ad litem* de ellos, tanto al contestar la demanda como en su memorial de pruebas y en el alegato de conclusión, manifestó que no se oponía a las pretensiones del recurrente y que, por el contrario, las prohibía.

10. Al dicho curador, por auto de 6 de abril pasado, señalósele para gastos la suma de mil cuatrocientos pesos (\$ 1.400.00) que le entregó el recurrente, como se acredita con el recibo que obra a folio 50 del cuaderno 6º. De esta suma solamente comprobó haber gastado la cantidad de cuarenta pesos (\$ 40.00), pues no justificó las erogaciones por concepto de transporte. Resulta de lo anterior que en su poder se encuentran mil trescientos sesenta pesos (\$ 1.360.00), los cuales abonará al monto de sus honorarios.

Como la labor del curador *ad litem* ha tocado a su término, se procede a regular su remuneración definitiva con base en lo siguiente: el proceso de revisión que se decide es de mayor cuantía, por lo cual, según lo impera el primer inciso del artículo 26 del Decreto 2265 de 1969, sus honorarios pueden fijarse hasta veinte mil pesos (\$ 20.000.00); mas como en los de menor, la remuneración puede ser hasta de dos mil quinientos pesos (\$ 2.500.00) y desde luego que la gestión del curador en este proceso no fue laboriosa, aquélla se fijará en la suma de cuatro mil quinientos pesos (\$ 4.500.00), de los cuales ha de descontar los mil trescientos sesenta pesos (\$ 1.360.00) que en su poder quedaron, como saldo de la cuota que recibió para gastos.

V

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,

Resuelve:

1º Declárase infundado el recurso de revisión interpuesto por Martiniano Llanos Hernández contra la sentencia de 1º de septiembre de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el proceso ordinario que, contra aquél y Epifanía Rubiano de Llanos, había incoado Abel Muñoz Garavito.

2º Condénase a Martiniano Llanos Hernández a pagar a Abel Muñoz Garavito tanto las costas causadas en este proceso de revisión, como los perjuicios que con el mismo se le hayan ocasionado, los cuales se liquidarán como lo dispone el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

La caución prestado por el Banco Panamericano se hará efectiva para su pago como lo dispone el artículo 384 *ibídem*.

3º Como remuneración del curador *ad litem* señalase la suma de cuatro mil quinientos pesos (\$ 4.500.00), que deberá pagarle el recurrente Martiniano Llanos Hernández.

4º La Secretaría procederá inmediatamente a devolver al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el expediente que esa Corporación puso a disposición de la Corte.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial.

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Esquerro Samper, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

NULIDAD DE TESTAMENTO CERRADO

Inhabilidades para testar: la prodigalidad no constituye inhabilidad — Los cuatro primeros artículos de la Ley 36 de 1931 no son normas sustanciales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, seis de diciembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Antecedentes

1. Graciliano, Filomena y Leopoldo González Hernández demandaron por la vía ordinaria a Antonio M. González, Apolonia y a los herederos de Genoveva González, para que se declarase absolutamente nulo el testamento cerrado otorgado por Narcisa Hernández de González y como consecuencia, que la sucesión es intestada, y en subsidio para que se decretase que no es válida la asignación de la cuarta de libre disposición que la testadora hizo en favor del citado Antonio M.

2. Los hechos en que apoyaron sus peticiones, en cuanto son pertinentes, se resumen así: a) Tanto demandantes como demandados, salvo Antonio M., son hijos de la testadora; b) La escritura que en cumplimiento de la Ley 36 de 1931 se otorgó junto con el testamento de Narcisa, no fue registrada antes de la apertura y publicación de éste; c) En la cubierta que contenía el citado testamento, al momento de su apertura, no aparecían sino seis firmas, pues faltaba la del testigo Miguel Angel Tejada Giraldo; d) Cuando Narcisa otorgó su testamento tenía una edad muy avanzada “y estaba en interdicción por dilapidadora. Por lo primero, es de lógica elemental colegir que ella padecía insuficiencia

mental; por reblandecimiento cerebral senil; y que por tanto era inapta (sic) para consentir libremente en acto testamentario...”; e) La testadora asignó a Antonio la cuarta de libre disposición, mencionándolo como su nieto, no obstante que tal parentesco no existe sino en la “filiación de origen matrimonial” de que aquél carece; f) “Esa asignación tuvo como móvil, o causa, o motivación, de parte de la ‘testadora’, el presunto carácter de ‘nieto’ que ésta, erróneamente, creía tener legalmente con el asignatario. Otra cosa habría sido que la asignación, por recaer sobre la cuarta de libre disposición, se hubiera dejado, simple y llanamente, al señor Antonio M. González...”, y g) No es exacto que dicho asignatario hubiese sido “benefactor de la ‘testadora’, porque ella vivió después de su estado de viudez, en la propia casa de ella y tenía rentas suficientes para subsistir congruamente...”

3. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Marinilla, al desatar la primera instancia, en laónico fallo del 8 de febrero de 1972 declaró la nulidad del testamento de Narcisa y, en consecuencia, que el respectivo proceso sucesorio debía tramitarse como ab intestato, decisión ésta que apelaron los demandados Antonio M. y Apolonia.

4. Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín prosperó el mencionado recurso y en sentencia del 7 de junio del mismo año revocó la apelada y en su lugar denegó todas las súplicas impetradas por los demandantes, los cuales interpusieron el recurso de casación que ahora decide la Corte.

La sentencia del Tribunal

El sentenciador estima, de acuerdo con doctrina de la Corte que transcribe, que la falta de registro de la escritura de que trata la Ley 36 de 1931 es de orden meramente probatorio y que en ningún caso constituye una solemnidad del testamento, ni su falta, ni su cumplimiento tardío acarrearán la nulidad del acto testamentario. "Entonces —dice— si se han cumplido los preceptos del artículo 1080 y aun en el caso de omisión, no del registro sino de la escritura que se acaba de ver, no hay nulidad absoluta para esa omisión. Este criterio fue seguido por el legislador que en el artículo 2º del Decreto 1250 de 1970 (Estatuto del Registro de Instrumentos Públicos), no incluyó el testamento entre los sujetos a registro".

"Se dice —agrega el Tribunal— que en la cubierta no aparecía la firma del señor Miguel Angel Tejada Giraldo, uno de los 5 testigos (Art. 1078 C. C.). Otra cosa bien distinta se prueba a folio 25 del cuaderno número 3 en donde aparece reconociendo su firma dicho testigo y al respecto no hubo constancia alguna al abrir la memoria respectiva".

Finalmente, en cuanto al último reparo que se formula al testamento de Narcisa, advierte el sentenciador que de autos obran fehacientes pruebas que demuestran la lucidez mental en que ésta se encontraba cuando lo otorgó y que la interdicción provisional a que ella había sido sometida, como disipadora y no como demente, no la inhabilitaba para testar en forma válida.

Así pues, por las razones que se dejan compendiadas, el Tribunal estimó que el testamento otorgado por Narcisa no adolecía de ningún vicio de nulidad.

Al acometer luego el estudio del ataque formulado a la cláusula testamentaria en la que se asignó la cuarta de libre disposición al demandado Antonio M., se expresa así: "Por último se ha planteado en la demanda la nulidad del acto testamentario porque en él se dejó la cuarta de libre disposición 'a mi nieto Antonio María González' y que no podía hacerlo por su falta de calidad legítima. El testador puede disponer libremente de la cuarta de sus bienes, como lo autoriza la ley. No impor-

ta el calificativo que le dé al heredero de esa cuota, máxime si además de designarlo como 'nieto' tiene en su voluntad y en su mente otras consideraciones..." Transcribe en seguida la cláusula impugnada y expone: "Además obsérvase que la testadora en todo momento respetó las legítimas forzosas y la cuarta de mejoras en favor de sus hijos, lo que proyecta aún más claridad sobre la indudable voluntad de la testadora y así se debe interpretar su memoria y dar cumplimiento a la misma".

Más adelante y con el ánimo de reforzar su apreciación, el sentenciador copia algunos párrafos de la obra del expositor Carrizosa Pardo, acerca de la causa impulsiva o determinante en las asignaciones testamentarias, de los errores que pueden cometerse en cuanto a la calidad de la persona del asignatario y del sistema científico que debe seguirse para interpretar un testamento. De todo ello concluye que en el caso sub judice la palabra "nieto" que antepuso la testadora al nombre de Antonio M. González cuando asignó a éste la cuarta de libre disposición, aunque éste no tuviese esa calidad, no la indujo en modo alguno a incurrir en error en cuanto a la persona a quien quería favorecer con esa asignación, ni que ese parentesco, real o inexistente, fuese la causa determinante y única de tal asignación.

La impugnación

La parte demandante en el proceso, que como ya se dijo recurrió en casación de la sentencia de que se ha hecho mérito, le formula tres cargos, todos ellos dentro del campo de la causal primera, así:

Primer cargo

Violación del ordinal 3º del artículo 1061 del Código Civil, por interpretación errónea, por cuanto la expresión 'u otra causa' que trae ese texto legal, al enumerar las inhabilidades para testar, a juicio de la censura "incluye necesariamente cualquier circunstancia temporal o definitiva, que establezca en el testador, para el momento de testar, la carencia de 'sano juicio'".

Al desarrollar su acusación insiste el recurrente en que la interdicción judicial

por prodigalidad, y no sólo la de demencia, también inhabilita al testador para manifestar válidamente su última voluntad, porque "la prodigalidad es una especie de desequilibrio mental particularizado por una pasión desbordada y morbosa como la que se tiene por el juego, la embriaguez, el boato, los litigios, etc." y siendo ello así, tal prodigalidad está necesariamente comprendida en la locución "otra causa" que trae el precepto legal cuya interpretación errónea atribuye al sentenciador.

"No es que se pretenda hacer de la 'prodigalidad' un caso de demencia —expresa— y quiera asimilarse la interdicción por prodigalidad a la interdicción por demencia. Es que se afirma que cuando hay 'prodigalidad', y se ha producido una interdicción... no existe el 'sano juicio' de que habla el ordinal tercero del artículo 1061 del Código Civil... La interdicción judicial por prodigalidad, establece la existencia de una especie de desequilibrio mental en la testadora, en el momento de testar", la cual "excluye el sano juicio, y no existiendo ese sano juicio la testadora era inhábil..."

El cargo en estudio adolece de graves defectos de técnica: en primer lugar, las normas acusadas no constituyen proposición jurídica completa; y en segundo término, porque lo que verdaderamente arguye la censura es que el Tribunal ha debido aplicar el artículo 1061 del Código Civil, en su numeral 3º, para declarar la nulidad del testamento que impugna, por cuanto la otorgante no estaba entonces en su sano juicio a consecuencia de la interdicción por prodigalidad a que se la había sometido. Empero, si dicho texto no fue aplicado, obviamente no pudo ser interpretado en forma equivocada, como lo ha expuesto la Corte varias veces. Estas deficiencias producen el inevitable resultado de que el cargo no puede prosperar. Sin embargo, por vía de doctrina, conviene agregar lo que sigue:

Para los efectos de las inhabilidades para testar que consagra el artículo 1061 del Código Civil, cuando de la demencia se trata, probatoriamente es indispensable hacer la misma distinción que trae el legislador en los numerales 2º y 3º del referido artículo. En efecto: a) Si el testador había sido declarado en interdicción por ese mo-

tivo, basta con demostrar la declaratoria judicial respectiva, la que conlleva una presunción de derecho de incapacidad, por virtud de la cual el acto testamentario es absolutamente nulo; y b) Si no obstante la grave dolencia mental que afectó al testador, no ha mediado el mencionado decreto judicial de interdicción, para triunfar en su pretensión de que se anule el testamento, el interesado tiene el onus probandi de demostrar plenamente la carencia de esa lucidez mental de que aquél padeció, en el momento de testar. En la primera hipótesis, pues, se demuestra simplemente el decreto de interdicción por demencia (Art. 1061 Num. 2º) al paso que en la segunda, debe probarse precisamente que el testador carecía del uso de sus facultades mentales cuando consignó la declaración de su última voluntad, por estar entonces demente o "por ebriedad u otra causa" (ibídem Num. 3º).

Ahora bien, como el mismo recurrente lo reconoce, esas dos clases de interdicción, la por demencia y la por prodigalidad, son diferentes. La primera es constitutiva per se de inhabilidad para testar, y no admite demostrar que cuando testó la persona interdicta se hallaba en un intervalo lúcido, y por tanto, en uso de sus facultades mentales. Mientras que la interdicción por demencia esté vigente, la inhabilidad de que padecer no le permite testar válidamente (Art. 1061 Num. 2º ibídem).

En cambio, ni la prodigalidad en sí misma ni la interdicción por ese motivo, constituyen inhabilidad para testar, pues en caso contrario, así lo habría establecido el legislador en forma expresa y clara, como lo hizo para la demencia en el numeral 2º del citado artículo 1061. Esa interdicción tiene por objeto proteger al pródigo y a quienes de él dependen, a fin de impedir que por su conducta desordenada y por la imprudencia con que actúe en la vida de los negocios y por derroche en que incurra en sus gastos, puede llegar a quedar en la indigencia. Nada de ello ocurre cuando esa persona hace la declaración de su última voluntad, la cual está sujeta a pautas precisas que señala la ley, tendientes a que no puede afectar los derechos de sus legítimos. Sus disposiciones, obviamente no tienen efecto durante su vida, de suerte que

no existe el peligro arriba apuntado y que la ley quiere precaver en el caso del pró-digo.

En el caso sub judice, la testadora no estaba incluida en ninguna de las causas de inhabilidad que indica el citado artículo 1061, y por tanto, se hallaba cobijada por la regla general de capacidad que para testar establece el último inciso del mismo artículo. Por consiguiente a quien se hallare interesado en la invalidación de su testamento incumbía demostrar lo contrario.

En virtud de lo expuesto no prospera la acusación.

Segundo cargo

Afirma el recurrente que la sentencia acusada es violatoria de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 36 de 1931, "por interpretación errónea".

Al desarrollar su acusación dice que "la errónea interpretación de esas normas ha llevado a considerarlas como no escritas, lo que contraría uno de los principios generales de hermenéutica que imponen la interpretación de la ley de manera que ella se enderece en darle algún sentido y no simplemente a no darle sentido alguno... Las disposiciones de la Ley 36 de 1931 en sus cuatro artículos citados se integran de manera tan completa con lo dispuesto por el artículo 1080 del Código Civil, que no se ve lógico que en una interpretación de las normas de un lado se afirma la vigencia del artículo 1080 y se le interpreta de modo que tenga plena eficacia y a la vez hace una interpretación que deroga prácticamente lo dispuesto por la Ley 36 de 1931".

Luego de exponer argumentos de similar contenido a los que se dejan transcritos, concluye el recurrente que la no presentación de la escritura pública que exige la citada Ley de 1931 "debidamente registrada en el acto de apertura del testamento cerrado, determina la anulación del mismo, en la forma impetrada en la demanda inicial..."

Se tiene en cuenta

La Corte tiene dicho de manera reiterada que según la preceptiva legal a que está sometido el recurso de casación, todo

cargo que se formule por la causal primera debe consistir en el quebranto de norma sustancial, por alguno de los tres modos que indica el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil. Y que por normas de ese carácter sólo se entienden aquellas que enfrente de una situación fáctica concreta, crean, declaran, modifican o extinguen un derecho subjetivo.

Pues bien, los cuatro artículos de la Ley 36 de 1931 cuyo quebranto por interpretación errónea se atribuye al Tribunal, no son sustanciales en manera alguna, pues su contenido es meramente instrumental. Por otra parte, la ley no ha erigido en causal de nulidad el registro tardío de la escritura que ordena la Ley 36 de 1931, como lo pretende la censura. Así lo expuso claramente el sentenciador, con respaldo en doctrina de la Corte (XLIX, Pág. 240, LXVI, Pág. 145).

En consecuencia, la acusación resulta vana.

Tercer cargo

Está formulado así: "La sentencia acusada es violatoria de los artículos 1116, y 1524, inciso primero, del Código Civil, por aplicación indebida y proviene del error de hecho, que aparece de modo manifiesto en los autos, ocurrido en la interpretación del ordinal tercero del testamento cerrado, consistente en haber entendido que la causa determinante en la institución hereditaria en la cuarta de libre disposición en favor del señor Antonio María González, fue el supuesto parentesco entre la testadora y el asignatario".

Dice, en efecto, al sustentar su acusación, que esa verdadera determinante fluye de la redacción misma de esa cláusula del testamento, en la cual, en las dos oportunidades en que nombra al asignatario, antepone la expresión mi nieto "ese parentesco que ella supone no es una frase en el papel sino que lleva implícito todo el significado de la relación abuela-nieto, cuya excelsa condición y fuerza extrema es de conocimiento general y de aceptación sin mayor demostración, ya que está dentro de la naturaleza de las cosas que esa vinculación sea más fuerte que la simple relación padre e hijo... Si en este texto... la tes-

tadora prescindiera de la reiteración en el supuesto parentesco, quizás la fuerza determinante de la institución estaría en la simple liberalidad o en la gratitud, pero su reiteración no deja lugar a dudas de que lo primero en su voluntad y en su afecto era el supuesto parentesco”.

Y como conclusión de su ataque se expresa así: “Si el hecho cierto es que en la institución testamentaria el motivo determinante es el supuesto parentesco, si ese parentesco no existe, la interpretación correcta del acto testamentario establece claramente que sin el parentesco la institución no habría existido”.

Se tiene en cuenta

Esta acusación se resiente en grado sumo de falta de claridad y precisión, por lo cual peca contra lo estatuido en el artículo 368 numeral 1º del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, en gracia de amplitud entendiéndole la Corte que a juicio del recurrente la testadora asignó la cuarta de libre disposición a Antonio M. González, no por mera liberalidad ni tampoco por gratitud a los servicios y cuidados que éste le prestó, sino en consideración a que era su nieto, y como ese parentesco es inexistente, la asignación o bien carece de causa u obedeció a un error en cuanto a la persona del asignatario. Al no haberlo reconocido así, el Tribunal incurrió en error de hecho al interpretar la cláusula respectiva del testamento como prueba de la verdadera y última voluntad de la testadora.

La interpretación que le dio el Tribunal a la cláusula del testamento que se discute no es en manera alguna contraevidente. Aunque en la demanda de casación nada se dice al respecto, de lo expuesto en la que dio origen al proceso se colige que las demandantes consideran que Antonio M., no es nieto de la testadora ni tiene parentesco alguno con ella, por ser hijo natural de una hija de ésta. Pretenden, pues, que ese parentesco sólo existe tratándose de la descendencia legítima. Esa apreciación es completamente errada, pues los artículos 36 a 45 del Código Civil no establecen esa diferencia y sobre todo, porque el legislador de 1968, en el artículo 31 de la Ley

75 de ese año, se refiere expresamente a los nietos naturales al otorgarles el derecho a alimentos con los hijos naturales y la posterioridad legítima de éstos. De esta suerte, mal pueden pretender los demandantes que no existe parentesco entre la testadora y el asignatario en cuestión, por ser éste hijo natural de una hija de aquélla.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la testadora, por tratarse de la cuarta de libre disposición, ha podido limitarse a asignarla a Antonio M. González, sin explicar por qué lo hacía, y sin tener en cuenta si dicho asignatario era su nieto o no. De ahí que sólo un error en cuanto a la persona misma del asignatario, y no únicamente en cuanto al nombre o la calidad del mismo (Art. 1116 C. C.), en virtud del cual hubiese desaparecido la verdadera causa de esa asignación, o sea, a que ésta hubiese querido la testadora a determinada persona y no a ninguna otra (Art. 1117 ibídem), sólo en ese caso, se repite, habría podido prosperar la impugnación en estudio. Sin embargo, aquí no se ha afirmado ni menos aún demostrado que la testadora hubiese padecido semejante error al dejar a Antonio M. González la porción de sus bienes de que podía disponer libremente según la ley.

Más aún, sin que fuese siquiera necesario, Narcisa quiso explicar el por qué de tal asignación, y lo hizo en la siguiente forma: “...hago esta institución de heredero (sic) en consideraciones (sic) a que mi nieto Antonio González es la única que me ha hacistido (sic) en todas las circunstancias (sic) y dificultades de mi vida, con la mayor generocidad (sic) y desprendimiento, y también con el mayor afecto reconocimiento a mis hijos que respeten esta acinuación (sic) que la hago con atención a verdaderos sentimientos de justicia...”

La lectura de lo anterior indica muy a las claras que la testadora, al hacer esa asignación, quiso agradecer o retribuir a Antonio M. González los afectuosos servicios que le había prestado y la generosa asistencia que le había brindado durante toda su vida, y en ningún caso a la mera circunstancia de que éste fuese o no su nieto. Y aunque hubiese padecido error en cuanto a la calidad de nieto del asignata-

rio, no por ello se había considerado como no escrita esa disposición, como claramente lo estatuye el citado artículo 1116 del Código Civil. Por otra parte, si para cualquier negocio jurídico la mera liberalidad o beneficencia es causa suficiente, sin que sea necesario expresarla, con tanta mayor razón ocurre otro tanto cuando el testador asigna en favor de una persona la cuarta de que puede disponer libremente. No necesita expresar el motivo que lo induce a ello, el cual, se insiste, puede consistir en la mera liberalidad.

De lo expuesto se concluye que el cargo no puede prosperar.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, admi-

nistrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 7 de junio de 1972 y condena en costas a la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Esquerro Samper, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

CONFLICTO DE COMPETENCIA

Carece de finalidad después de fallado el negocio. — Competencia: para ejecutar el fallo corresponde al juez que lo dictó.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., siete de diciembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Encontrándose legalmente surtido el trámite del incidente, procede la Corte a decidir este conflicto de competencia que en torno al conocimiento del proceso de alimentos que María Disnalda Valencia de Peláez, como representante de sus menores hijos legítimos Luz Amparo, Darío, Hugo, Héctor Fabio, José Arcesio y Ederbey, instauró contra su esposo Fabio Antonio Peláez Montes, surgió entre los Jueces Segundo Promiscuo de Menores de Pereira y el de los mismos ramo y categoría de Cartago.

II

Antecedentes

1. Inicióse el referido proceso con la demanda presentada el 11 de julio de 1968 en el Juzgado de Menores de Pereira.

En dicho escrito afirmó la demandante, quien entonces expresó tener su residencia en La Unión (Valle), que sin embargo de carecer de medios económicos suficientes tenía a cargo suyo el cuidado de sus hijos; que el demandado, padre legítimo de éstos, de tiempo atrás había abandonado “la obligación de suministrarles lo necesario” para el sostenimiento; y que aquél tenía su domicilio en la ciudad de Pereira.

2. Después de haberle imprimido el trámite al proceso, que experimentó algunas suspensiones, el Juzgado Segundo Promiscuo

de Menores de Pereira lo decidió por sentencia de 3 de septiembre de 1970, mediante la cual condenó al demandado a suministrar alimentos congruos para sus menores hijos, por la suma mensual de \$ 300.00, “pagadera a partir de la presente providencia”.

3. Como para el 19 de septiembre del presente año el condenado había dejado de cumplir la obligación a él impuesta en el referido fallo, el juzgado del conocimiento, a instancia de la defensora de menores de Pereira, mediante auto proferido en esa fecha dispuso “remitir este juicio al Juzgado de Menores de Cartago para que allí continúe su curso, en razón de que la demandante tiene su domicilio en esa jurisdicción”.

4. Amparado en las consideraciones de que “el proceso fue tramitado en su totalidad... hasta el punto de dictarse sentencia condenatoria” en el juzgado de Pereira; y que la competencia no se altera por “cambio de residencia de algunas de las partes”, el juez requerido, mediante auto de 15 del pasado mes de octubre, se declaró incompetente y por tanto dispuso enviar la actuación a la Corte.

III

Consideraciones

1ª Conforme a nuestra ley de enjuiciamiento civil para que la actividad jurisdiccional pueda proveer con eficacia sobre las pretensiones de los litigantes, es necesaria la existencia de juez competente para ello, es decir, del funcionario o corporación investido de jurisdicción y con facultad para ejercerla en ese caso determinado. Ha di-

cho la doctrina que el juez o tribunal no puede ejercer jurisdicción sino hasta el límite de la competencia que le señala la ley, ya que, en suma, la competencia no es otra cosa que el ejercicio de la jurisdicción de manera concreta.

La ley procesal civil fija la competencia de los distintos jueces de la República para las diferentes clases de negocios atendiendo a los factores objetivo, subjetivo y territorial; esto es, a su naturaleza, a la calidad de las partes y al lugar donde deben ventilarse. Precisado el juez competente para conocer del negocio, es éste y no otro u otros, el que tiene la atribución para tramitar y decidir la cuestión específicamente considerada, salvo los casos en que, por razón de la cuantía, se modifica la competencia inicialmente señalada (Art. 21 C. P. C.).

2ª Acontece, empero, que como la determinación de la competencia es cuestión que ha suscitado conflictos entre los jueces requeridos para el conocimiento de un negocio, al estimar, en desacuerdo, que a uno de ellos o a ninguno corresponde: la legislación, a efecto de dar solución a tales discrepancias, ha consagrado siempre los llamados conflictos de competencia.

3ª A la luz de las disposiciones contenidas en el Capítulo III. del Título XI del estatuto procedimental vigente en el país desde el 1º de julio de 1971, existe conflicto de competencia cuando dos jueces estiman, en desacuerdo, que a ninguno de ellos corresponde el conocimiento de un proceso. Pero para que surja el conflicto en referencia y para que por tanto pueda entrar a resolverse por la autoridad judicial respectiva, es indispensable que, según lo indican los preceptos aludidos, enviado el negocio por el juez que se crea incompetente al que él estima que sí tiene atribución para su conocimiento. éste a su vez también se declare incompetente.

El principio indicado no es sin embargo absoluto, puesto que ese mismo legislador, al reglamentar el trámite del proceso sucesorio consagró para éste, a manera de excepción a la regla general, un conflicto especial de competencia positiva, para el evento en que la misma sucesión se esté tramitando simultáneamente ante dos o más jueces (Art. 624). Además, mediante

los artículos 623 y 624 del Código de Procedimiento Civil, facultó a los interesados en este tipo de procesos para que provoquen en él conflicto de competencia, tanto el negativo o por declinatoria, como el positivo o por inhibitoria.

4ª Pero si la razón de ser de estos conflictos y la finalidad esencial que con su resolución se busca, es impedir que determinado proceso no vaya a ser decidido por un juez al que la ley no le asigna la facultad de ejercer en él la función jurisdiccional, obvio es inferir que ellos son improcedentes cuando, como ocurre en el presente caso, surgen después de que uno de los jueces que discrepan ha proferido la correspondiente sentencia, puesto que, tratándose de procesos contenciosos, mediante este acto dicho funcionario deja decidido el conflicto de intereses que se le ha presentado para su composición.

Y si a la postre el negocio resulta fallado por un juez incompetente, el conflicto de competencia carece de finalidad; a más de que esa incidencia es inidónea para corregir la irregularidad que por el aspecto dicho se presente.

5ª Cabe observar, por último, que si según lo establece la ley procesal hoy vigente (Art. 335 C. de P. C.) la ejecución de la obligación impuesta en sentencia ejecutoriada no constituye, en principio, proceso distinto de aquel en que se haya proferido, sino que es apenas una parte integrante de éste, la competencia para ejecutar el fallo corresponde al mismo juez que lo ha dictado y no a otro.

6ª Síguese de lo expuesto que es el Juez Segundo Promiscuo de Menores de Pereira el competente privativamente para continuar el trámite de este proceso, por haber sido él el que ritó la instancia y el que pronunció la sentencia cuya efectividad pretende ahora la parte demandante.

III

Decisión

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,

Resuelve:

1º Es el Juez Segundo Promiscuo de Menores de Pereira el competente para conti-

nuar el trámite y conocimiento de este proceso de alimentos, y

2º En consecuencia, remítase el expediente a dicho funcionario.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Es- guerra Samper, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

RESOLUCION DE LA VENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO

Venta: obligaciones del vendedor. — Evicción: sus requisitos. — Condición resolutoria. — Exceptio non adimpleti contractus. — Accesión de edificación o plantación en suelo ajeno.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., quince de diciembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 8 de septiembre de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este proceso ordinario iniciado por Josefina Escobar de Martis y otros frente a Francisco Edilberto Jiménez Cuenca.

Antecedentes

Mediante escrito presentado ante el Juez Civil Municipal de Neiva, el 10 de junio de 1969, Josefina, Margarita, Ana, Inés, Ignacio, Eduardo, Miguel Francisco y Luis Javier Escobar López, demandaron a Francisco Edilberto Jiménez Cuenca para que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, fueran hechas las siguientes declaraciones:

1ª Que por mora y no pago de parte del precio estipulado queda resuelto el contrato de compraventa celebrado entre los Escobar López, vendedores, y Francisco Edilberto Jiménez Cuenca, comprador, contenido en la escritura pública número 1965 de 25 de septiembre de 1967, otorgada en la Notaría 1ª de Neiva.

2ª Que como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa se ordene al demandado restituir a los demandantes el bien objeto del contrato, con sus fru-

tos naturales y civiles, condenándolo también en el pago de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

Como hechos básicos de la demanda se anotaron los siguientes:

a) Mediante escritura pública número 1965 de 25 de septiembre de 1967, de la Notaría 1ª del Circuito de Neiva, la cual fue debidamente registrada, los demandantes vendieron al demandado el inmueble rural "Las Mercedes", con cabida aproximada de 825 hectáreas, ubicado en jurisdicción de las veredas de Anacareo y San Juanito, pertenecientes a los Municipios de Natagaima y Villavieja, identificado por los linderos allí descritos;

b) La cláusula 4ª de la mencionada escritura expresa: "que desde el día 9 del mes en curso, el comprador se encuentra en posesión material de la hacienda 'Las Mercedes' por haberle sido entregada a entera satisfacción por los vendedores";

c) Que aun cuando en la cláusula 3ª del citado instrumento público se dijo que el precio estipulado de \$ 470.000.00, fue recibido por los vendedores en dinero efectivo, la realidad fue otra, pues el comprador únicamente entregó la suma de \$ 300.000.00 y garantizó el pago del saldo, con tres pagarés, todos de fecha vencida a la presentación de la demanda;

d) Que luego de entrar en posesión de la hacienda "Las Mercedes", el comprador "vio, toleró y reconoció unos dieciséis (16) pequeños aparceros o arrendatarios que ocupaban quince hectáreas aproximadamente de la cabida general de la hacienda, con cultivos de cacao y plátano, y quienes amigablemente quedaron en entregar sus respectivas parcelas en los primeros

días de 1968, no sólo por vencimiento de los contratos de aparcería o arrendamiento, sino porque los cultivos de cacao y plátano que explotan, de antiquísima data, son de propiedad de la hacienda”;

e) Que con posterioridad a los anteriores hechos, se expidió la Ley 1ª de 1968 que prorrogó por 10 años los contratos de arrendamiento y aparcería, motivo que le ha servido a Jiménez Cuenca de pretexto para abstenerse de pagar los pagarés y de recibir los arrendamientos que a su orden han consignado los arrendatarios en la Caja Agraria de Neiva; y

f) Que el incumplimiento del comprador ha causado graves daños a los vendedores.

De acuerdo con las peticiones del libelo, se requirió al comprador para que cancelara las obligaciones contenidas en los tres pagarés que se adjuntaron a la demanda y éste manifestó: “Me abstengo en pagar las sumas en referencia por las mismas razones expuestas en cartas dirigidas al señor Eduardo Escobar López”.

El demandado en la contestación de la demanda negó algunos hechos; se atuvo a lo que se probare respecto a otros; y propuso la excepción de contrato no cumplido expresándola así: “Dentro del contrato de compraventa quedaron incluidas diez hectáreas cultivadas de plátano y seis hectáreas de cacao, mas resulta que sobre esas plantaciones alegaron derechos de dominio las personas que las detentan a título de arrendamiento”.

Para el caso de que las pretensiones de los actores prosperasen, invocó el derecho de retención sobre las mejoras que el comprador dijo haber efectuado en el predio “Las Mercedes”.

Surtido el trámite de la primera instancia, el juzgado del conocimiento negó las peticiones de la demanda en sentencia de 27 de marzo de 1971, la cual fue apelada por dicha parte ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, quien la confirmó, y contra esta sentencia, la parte demandante en el proceso, interpuso el recurso de casación que ahora se resuelve.

La sentencia impugnada

Inicia su estudio el Tribunal estimando que la causa petendi invocada por la parte

actora se funda en el incumplimiento del demandado a la obligación de pagar el saldo del precio de la hacienda “Las Mercedes”; que ejercitando aquélla la segunda opción consagrada en el artículo 1930 del Código Civil, solicitó la resolución del contrato con indemnización de perjuicios; y que, a ella le correspondía demostrar el incumplimiento del demandado respecto al no pago del saldo del precio para desvirtuar lo expresado en la cláusula tercera de la escritura 1965, en donde se dijo que los vendedores habían recibido el precio del bien, es decir, la suma de \$ 470.000.00 en dinero efectivo y a su satisfacción.

Agrega que con los tres pagarés adjuntos a la demanda, todos de plazo vencido, “se comprobó que el comprador adeuda a los vendedores por concepto del contrato de compraventa la suma de \$ 183.600.00, pues en el texto de esos documentos se dice: ‘Esta obligación procede del saldo del precio de la venta de la hacienda ‘Las Mercedes’, ubicada en las veredas de San Juanito y Anacareo, en jurisdicción de los municipios de Villavieja y Natagaima, de conformidad con la escritura número 1965 de fecha 25 de septiembre de 1967, otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Neiva’, hecho que por lo demás es consentido por las partes en el proceso”.

Continúa el ad quem diciendo que el demandado al contestar la demanda propuso la excepción de contrato no cumplido, apoyándose en el hecho de que “dentro del contrato de compraventa quedaron incluidas 10 hectáreas cultivadas de plátano y 6 hectáreas de cacao, sobre cuyas mejoras alegan derecho de dominio las personas ocupantes de tales lotes” por lo cual al tenor del principio “reus in excipiendo, fit actor” correspondía al excepcionante demostrar “que no había recibido de los vendedores la posesión total del inmueble”, para infirmar la declaración contenida en la citada escritura de que, “desde el día 9 del mes en curso, el comprador se encuentra en posesión material de la hacienda Las Mercedes por haberle sido entregada a entera satisfacción por los vendedores”, y halla la correspondiente contraprueba deducida del siguiente acervo probatorio:

a) “Copia de algunos documentos originales del Instituto de Reforma Agraria

(Incora), consistentes en un informe rendido por un visitador del instituto a quien correspondió practicar una visita al predio de 'Las Mercedes', rendido ante el Director del Proyecto Huila, 1, 2 y 3, delegados a su vez por la gerencia general del mencionado instituto. De dicho documento se desprende que el predio de Las Mercedes se encuentra parcialmente explotado mediante pequeños arrendatarios que ocupan parcelas sembradas con cultivos de plátano o de cacao y otros cultivos, entré media hectárea y tres hectáreas de extensión y de 3 a 19 años atrás de la fecha de la inspección que se realizó en el mes de septiembre de 1968. Las personas citadas en tales escritos como arrendatarios del predio Las Mercedes son: Griseldino Izquierdo, Isaura Sánchez, Celestino Tapias, Gabriel Pacheco, Laura María Esquivel, Esteban Callejas, Florencio Esquivel, Roosevelt Hernández, Ricardo Bustos, Eleuterio Bustos, Inés Sánchez Esquivel, Abdías Perdomo, Darío Martínez, Samuel Perdomo, Guillermo Callejas, Celedonio Díaz, Pedro Callejas y Jorge Rodríguez. En las actas figuran la posesión de cada uno de ellos, la extensión del predio, la antigüedad de la explotación y en todos la obligación de pagar un precio como arrendamiento del respectivo lote";

b) Certificación de la Caja de Crédito Agrario, Sucursal Neiva, aportada por el demandante, en la que figuran las personas mencionadas en el acta anterior, y otra más, consignando a favor de Jiménez Cuenca, como arrendamientos de lotes de la hacienda Las Mercedes, la cantidad de \$ 17.865.00, dineros que en 18 de octubre de 1969 no habían sido retirados por aquél;

c) Declaraciones de Eleuterio Bustos, Roosevelt Hernández, Ricardo Bustos, Celedonio Díaz, Guillermo Callejas, Samuel Perdomo, Esteban Callejas, Celestino Tapias, Florentino Esquivel, Laura María Esquivel de Pacheco y Darío Martínez.

Respecto a estas declaraciones, dice el Tribunal:

"Todos los testigos anteriores afirman que las mejoras plantadas en sus respectivos lotes son de su propiedad y no de la hacienda, o sea de los dueños de ella; que el arrendamiento que pagan es por el lote pero de ninguna manera por las mejoras que les pertenecen a los cultivadores de

varios años atrás; que por ello se negaron a firmarle a Jiménez o a los dueños anteriores contratos de arrendamiento sobre cultivos y que finalmente si los Escobar López incluyeron en la venta las mejoras por ellos plantadas vendieron indudablemente cosa ajena".

d) Diligencia de inspección judicial practicada por el juzgado del conocimiento el 15 de octubre de 1970, sobre la cual el Tribunal arguye: "se constató por el personal de la diligencia que en la parte suroccidental de la hacienda y a continuación del potrero denominado 'El Hospital' en las vegas del Río Cabrera existen mejoras de plátano y cacao en producción poseídas por otros ocupantes así: Pedro Callejas Gaitán con unas 200 matas entre plátano y popoche. Este individuo manifiesta que tenía otras mejoras en el predio de 'El Hospital', consistentes en un rancho de bahareque; Guillermo Callejas ocupa en la misma área de las vegas del Río Cabrera una casa de habitación de dos piezas con pisos de cemento, paredes de bahareque y cocina con teja de eternit; la señora Rosario Perdomo de Callejas manifestó que su esposo Guillermo Callejas tiene a continuación de la casa 4 plataneras y que Ricardo Bustos y Zoila de Bustos tienen también mejoras de plátano y cacao, cuya existencia constató el propio juzgado. En declaración tomada dentro de la diligencia, Griseldino Izquierdo dice que las mejoras que explota son de su propiedad y que sólo el terreno es de la hacienda y que paga \$ 750.00 anuales de arrendamiento, los que ahora consigna en la Caja Agraria 'porque el doctor Jiménez no recibe esos valores'. Este ocupante explota más de 2 hectáreas de la finca. Muchos otros testimonios, que no es del caso detallar, aparecen recibidos en la diligencia de inspección judicial, en que los diversos ocupantes de los lotes de la hacienda Las Mercedes hacen afirmaciones semejantes a las de los testigos ya citados. Es fehaciente la prueba de que dentro del área de la hacienda Las Mercedes existen, desde antes de la celebración del contrato entre los Escobar López y Jiménez Cuenca, mejoras cuya propiedad alegan terceras personas quienes las vienen explotando sin interrupción, mediante el pago de cánones de arren-

damiento por el lote sobre el cual se hallan plantadas”;

e) Interrogatorio de parte, formulado por los demandantes al demandado, en el cual, según el Tribunal, aquéllos “al hacer la pregunta 4ª confiesen la existencia de arrendatarios que le han creado al comprador problemas”.

La pregunta dice: “Diga si es cierto que la finca ‘Las Mercedes’ tenía y tiene unos catorce o quince arrendatarios que no han querido abandonar su ‘posesión y que le han creado problemas y le han hecho amenazas de palabra y obra?’”

“Contra la demostración anterior —afirma el Tribunal— no se adujo por la parte demandante ninguna contraprueba de que Jiménez hubiera aceptado al contratar la existencia de ocupantes extraños dentro del inmueble. En cambio, en la escritura de compraventa, al hacerse la descripción de los bienes cuya propiedad se transfiere, se habla de ‘una labranza de cacao, con una cabida aproximada de 6 (seis) hectáreas y platanales con una cabida de 9 (nueve) hectáreas, más o menos’, comprendido dicho lote dentro de la alinderación general del predio”.

f) Anota el Tribunal que varios de los testigos deponen sobre la preocupación que tuvieron algunos vendedores de arreglar con posterioridad al contrato los problemas que se le presentaron al comprador con los arrendatarios, y cita a Roosevelt Hernández, quien dijo: “es cierto que poco después de que supe que había comprado la hacienda Las Mercedes el señor Francisco Jiménez, al señor Eduardo Escobar López, me insinuó que le firmara una constancia de que las matas de cacao y plátano que yo había sembrado eran de ellos, y yo me negué porque consideré que ese arreglo era muy tarde, y él ya veía que las matas eran mías”. Igualmente menciona la declaración de Ricardo Bustos Gil, manifestando que éste declara en forma similar. Transcribe luego estos apartes de la declaración de Guillermo Callejas: “Sí, es un hecho cierto, que en época posterior a la venta de la hacienda ‘Las Mercedes’ al doctor Francisco E. Jiménez, se presentó don Eduardo Escobar López en la casa de Esteban Callejas y nos

mandó a citar a todos nosotros los aparceros y fuimos unos poquitos, y allí don Eduardo nos dijo que le firmáramos un documento para que el doctor Jiménez le pagara el resto del dinero que le adeudaba aún de la hacienda, entonces nosotros le respondimos que no le firmábamos porque las matas y mejoras que teníamos, eran de nuestra legítima propiedad, nosotros no nos enteramos del contenido del documento, porque él no nos lo leyó ni nosotros lo leímos, pues don Eduardo lo tenía en la mano, él lo que sí nos dijo era que le firmáramos el documento, que las mejoras eran de nosotros y no de la hacienda, pero como digo ninguno de nosotros le quisimos firmar, porque tanto el cacao como el plátano y demás mejoras son de nuestra propiedad”.

Después del anterior análisis concluye el Tribunal:

“Demostró, por todo lo anteriormente expuesto, el excepcionante Jiménez Cuenca que lo que se había dicho en la escritura sobre el recibo de posesión material del inmueble ‘Las Mercedes’, tampoco se había ajustado a la realidad, lo mismo que el pago del precio de contado. Porque cuando Jiménez pudo dedicarse a definir la situación con quienes ocupaban unas mejoras que en la escritura figuraban como objeto de la venta, o sea de propiedad de los vendedores, los ocupantes afirmaron su propiedad sobre ellas y por lo tanto la posesión, con ánimo de señores y dueños, sobre tales cultivos. Así que prospera la exceptio non adimpleti contractus y por lo tanto la sentencia recurrida debe mantenerse”.

La impugnación

Dentro del marco de la causal primera contemplada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se formulan tres cargos contra la sentencia, de los cuales la Corte se limita a estudiar el tercero que está llamado a prosperar.

Se propone “por errores de apreciación probatoria cometidos por el Tribunal al dar por probados en el proceso, sin estarlo, hechos que lo condujeron a admitir la exceptio non adimpleti contractus, violando por ello indirectamente el artículo 1609 del Có-

digo Civil por indebida aplicación, a la vez que infringiendo por falta de aplicación los artículos 1546, 1608, regla 1ª, 1929, inciso 1º, 1930 y 1932 del Código Civil, amén, de otras disposiciones sustanciales que se indicarán durante la exposición del cargo”.

Al desenvolverlo expresa que el Tribunal para llegar a la conclusión de que el demandado acreditó la existencia de la excepción de contrato no cumplido, se apoyó en dos soportes ambos fruto de errores evidentes de apreciación probatoria, a saber:

a) Que la parte actora no adujo ninguna contraprueba para demostrar que Jiménez hubiera aceptado al contratar la existencia de ocupantes extraños dentro del inmueble, y

b) Que habiendo sido vendidas también a Jiménez unas mejoras, éste las halló ocupadas por personas que afirmaron propiedad y posesión sobre ellas.

Supone el primero de los pilares, según el impugnante, que Jiménez adquirió el bien, sin aceptar la existencia de arrendatarios dentro del mismo, afirmación inexacta, si se repara en una pieza probatoria obrante en el proceso, y que por sí sola demuestra lo contrario de lo que el ad quem dedujo sobre este punto; o sea, la “confesión” de Jiménez al contestar la pregunta 10 del interrogatorio extrajudicial a que fue sometido y allegada al proceso en la diligencia de inspección judicial, pregunta y respuesta que son del siguiente tenor: “Diga si es cierto que cuando usted recibió y entró en posesión de la hacienda ‘Las Mercedes’ había en ella quince pequeños arrendatarios que ocupaban más de diez y seis hectáreas de las 825 aproximadamente que constituyen la cabida de la misma? Contestó: Evidentemente existían arrendatarios que, conforme a lo convenido con Eduardo Escobar López debían entregar el 31 de diciembre del año en que compré para lo cual el propio Eduardo Escobar López salió garante como lo pueden atestiguar los señores Eugenio Ramírez Cedeño y el doctor Rojas Villoria”.

Esta respuesta, prosigue, es congruente con lo expresado en la cláusula 4ª de la escritura número 1965 y con la contestación a la pregunta 7ª del interrogatorio de parte, tomado dentro del proceso a Jiménez, en donde el demandado reitera la declara-

ción contenida en la citada cláusula, cuando al contestarla dijo atenerse al texto de ella, todo lo cual demuestra que Jiménez compró a sabiendas de la existencia de arrendatarios, aceptando que las respectivas relaciones de arrendamiento subsistirían con él, y que por tanto es manifiesta la contraevidencia en que incurrió el Tribunal al decir que Jiménez no aceptó comprar con ocupantes extraños para así deducir un incumplimiento contractual de los demandantes, existiendo además en el proceso, la prueba corroborante sobre este aspecto, echada de menos por el Tribunal y que éste no vio, incurriendo igualmente en el error fáctico que lo llevó a sentar el postulado que se refuta, o sea, las declaraciones de Eleuterio Bustos, Roosevelt Hernández, Ricardo Bustos, Celedonio Díaz, Guillermo Callejas, Esteban Callejas, Celestino Tapias, Florencio Esquivel, Laura María Esquivel de Pacheco y Darío Martínez Flórez.

Respecto al segundo soporte razona así: es un hecho evidente que Jiménez adquirió el predio con arrendatarios subrogándose forzosamente en los respectivos contratos, por mandato de la ley. En consecuencia, el Tribunal no podía hallar en el proceso pruebas de dominio y posesión en favor de los arrendatarios sobre las supuestas mejoras, y si las encontró debióse ello a ignorar aquellas situaciones de hecho, porque es jurídicamente imposible que una persona tenga la calidad de arrendatario y a la vez de propietario, o poseedor de algo que haga parte integrante de lo arrendado, pues las mejoras son accesorios del suelo, sujetas a la suerte jurídica de éste y no pueden convertirse en un bien jurídico autónomo y principal, independiente del suelo sin contrariar al artículo 656 del Código Civil y a los que regulan la accesión como modo de adquirir el dominio. Y continúa así: “Desde luego, si eran equivocadas las bases que le sirvieron al Tribunal para concluir en que la parte demandada en ese proceso demostró que, contra lo afirmado en la escritura, no le había sido entregado todo lo que compró mediante dicho instrumento, porque las mejoras que allí se señalaron como vendidas eran ajenas y estaban en poder de sus dueños, forzosamente ha de tenerse como errada tal conclusión. Lo cierto y evi-

dente, es que la entrega material de la totalidad del inmueble 'Las Mercedes', implicó la de todas sus mejoras", tanto las expresamente citadas en el título como las que no lo fueron".

Luego, dice que el Tribunal se refirió en primer término a los documentos del Incora elaborados con ocasión de la visita practicada al inmueble, pero en esos documentos sólo se hace relación de las personas que fuerbn halladas en el predio como pequeños arrendatarios, sin que se encuentre nada que aluda a propiedad o posesión de mejoras, y por lo mismo, sólo a causa de errores en la apreciación de esos documentos pudo haberse visto en ellos lo contrario.

Tampoco podía servir al Tribunal para el fin a que llegó, afirma el recurrente, la certificación expedida por la Caja de Crédito Agrario acerca de las consignaciones efectuadas por los arrendatarios a favor de Jiménez, pues sólo incurriendo en errores manifiestos del hecho, podía el Tribunal descubrir en él prueba de que las mejoras fueran de los arrendatarios, que éstos las estuvieran poseyendo como señores y dueños y que no hubieran sido entregadas al comprador Jiménez.

Expresa que la prueba que parece haber influido más en el fallador consiste en las declaraciones de los arrendatarios, refiriéndose cada una de ellas a su exclusiva situación afirmando propiedad sobre las mejoras existentes en el respectivo lote ocupado por el mismo arrendatario y sosteniendo que la renta que pagan es por el suelo y no por las mejoras.

Ver en estas declaraciones, continúa, como parece haberlo visto el Tribunal, prueba de derechos por razón de mejoras en favor de los demás arrendatarios, es incurrir en ostensible error de hecho, mas si no fue esto lo que ocurrió, sino que el Tribunal dio por probado los derechos de cada arrendatario con base en su propia declaración, entonces el error de apreciación probatoria sería de derecho, por violación de los artículos 173 y 178 del Código de Procedimiento Civil y en igual error incurrió el ad quem al estimar las declaraciones de Pedro Callejas Gatán y Rosario Perdomo de Callejas, registradas en el acta de inspección judicial practicadas en la primera instancia, recibidas en juramento, y sin la

firma de las mencionadas personas, infringiendo los artículos 227 y 228 del Código de Procedimiento Civil.

Para terminar la crítica, dice que el Tribunal dedujo un indicio en contra de los actores, derivado del hecho de que, el vendedor Eduardo Escobar López después de la celebración del contrato, hubiera intervenido ante algunos arrendatarios para obtener la declaración de que las mejoras no les pertenecían, pero como únicamente intervino el citado vendedor, es manifiestamente equivocado cobijar en ella, como lo hizo el Tribunal, a la totalidad de los vendedores, intervención, que por otra parte, sólo se puede considerar como una colaboración amistosa en provecho de Jiménez.

Y concluye la demanda manifestando que lo único que de la prueba considerada resulta, es que los arrendatarios se llaman a sí mismo propietarios de las mejoras. Pero que, como es ostensible que falta en el proceso la prueba de que hubieran adquirido por un título especial el dominio sobre las mejoras, "entonces apenas tergiversando la prueba que en relación con los dos aspectos apuntados obra en el proceso a la vez quedando existente en él, sin que en realidad exista la prueba del último de dichos aspectos, es como puede haberse llegado por el Tribunal al error final, de que en tales circunstancias pueda darse por admitido que los vendedores Escobar López incumplieron el contrato de venta por no haber hecho entrega al comprador Jiménez Cuenca de mejoras existentes en los lotes arrendados".

Consideraciones de la Corte

Teniendo en cuenta la motivación de la sentencia impugnada y la censura contra ella hecha, es pertinente enunciar previamente algunos principios que inciden en la solución de este litigio.

1º Nuestro Código Civil regula la compraventa como fuente de obligaciones. Vendedor y comprador se vinculan bajo los efectos de un título que, como tal, genera obligaciones. Según el artículo 1880 del Código Civil las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: "La entrega o tradición y el saneamiento de la cosa ven-

dida". La primera que consiste en 'dar', implica a su vez las dos siguientes:

- a) Conservar la cosa hasta la entrega, y
- b) Ponerla a disposición del comprador jurídica y materialmente.

De aquélla se desprende la obligación que tiene el vendedor de responder por los hechos que le sean imputables y que hayan causado la pérdida o deterioro de la cosa.

De la segunda se derivan las obligaciones de hacer la tradición (entrega jurídica) y de poner materialmente la cosa a disposición del comprador (entrega material) en el tiempo y lugar convenidos; y además las de pagar los gastos que fueren necesarios al efecto, y la de entregarla con sus frutos y accesorios.

La entrega jurídica se efectúa, tratándose de bienes inmuebles, de conformidad con lo establecido por el artículo 756 del Código Civil, por la inscripción del título en la oficina de instrumentos públicos. La obligación de entregar materialmente el bien se satisface por cualquier medio que el comprador convenga con el vendedor, o por formas similares a las enumeradas en los artículos 754 y 755 del Código Civil, y que permitan al comprador recibir el bien y entrar en posesión del mismo.

Para establecer la situación, del vendedor, por lo que respecta a su obligación de entregar la cosa, hay que contemplar pasos distintos:

- a) Si no se ha concedido plazo para el pago del precio, la ejecución de las obligaciones recíprocas debe ser simultánea.

Si el comprador no ha pagado o no está pronto a pagar el precio íntegro el vendedor puede retener la cosa en su poder hasta que el primero se allane a pagarlo, sin que por esto el segundo caiga en mora.

- b) Si se ha estipulado que el precio se pague a plazo, no puede el vendedor demorar la entrega de la cosa aunque, no se le haya pagado ninguna cuota, porque implícitamente ha renunciado a su derecho de retener la cosa desde que ha concedido plazo para el pago.

Las normas anteriores se refieren al caso normal del comprador solvente, pues si después del contrato hubiere menguado considerablemente su fortuna, no podrá exigir la entrega, aunque se haya estipulado pla-

zo, sino pagando o asegurando el pago, por mandato del artículo 1882 del Código Civil.

El vendedor es obligado a lo que reza el contrato y por ello debe entregar la cosa en el estado en que se hallaba al tiempo de la venta con todos los accesorios que se reputan inmuebles según los artículos 656 y siguientes del Código Civil en concordancia con el artículo 1886 ibídem.

2º El vendedor no cumple su obligación con la sola entrega de la cosa al comprador; es menester, además, que la entregue en condiciones tales que el comprador pueda gozar de ella tranquila y pacíficamente, a fin de obtener la utilidad buscada al celebrar el contrato. Después de entregada la cosa puede suceder que terceras personas aleguen derechos sobre ella anteriores al contrato, derechos que importen un menoscabo o despojo para el comprador. O puede acaecer que la cosa adolezca de vicios o defectos que la hagan inepta para obtener de ella la utilidad que el comprador se proponía obtener. En cualquiera de estas circunstancias, la ley viene en auxilio del comprador, y le da acción para obligar al vendedor a que le proporcione el goce tranquilo, completo y útil de la cosa, o, si ésto no fuere posible, para que le indemnice, mediante la llamada acción de saneamiento. De modo que esta segunda obligación comprende dos objetos: a) Amparar al comprador en el dominio y posesión de la cosa vendida; y b) Responder de los defectos ocultos, denominados vicios redhibitorios.

Al saneamiento por evicción se refiere el artículo 1894 del Código Civil y a los vicios redhibitorios el artículo 1914 ibídem.

De la definición dada por el primero resulta que para que haya evicción debe reunirse los siguientes requisitos: a) Que el comprador sea privado del todo o en parte de la cosa comprada; b) Que esa privación tenga una causa anterior al contrato; c) Que, en principio se origine en una acción judicial.

La obligación de sanear no sólo le impone al vendedor el deber de indemnizar al comprador que sea despojado, sino también el de ampararlo para evitar que el despojo se produzca.

Si la evicción es parcial y de tal magnitud que de haberla sido el comprador,

no hubiera celebrado el contrato, éste tiene un derecho alternativo, a saber: pedir la resolución del contrato o el saneamiento parcial con arreglo a los artículos 1904, 1909 y 1911 del Código Civil.

3º El derecho romano no consagraba la condición resolutoria tácita del contrato como consecuencia del incumplimiento. Así, en la compraventa, dice Claro Soler: "el vendedor no podía pedir la resolución del contrato por falta de pago del precio: si no había seguido la fe del comprador para el pago del precio, concediéndole un plazo, podía reivindicar la cosa, porque se entendía que no había transferido la propiedad mientras el precio no fuera pagado, o sea que la tradición había sido hecha bajo la condición de que el precio fuera pagado; pero si el vendedor había seguido la fe del comprador y transferido a éste, el dominio de la cosa, sólo tenía la acción que nacía de la compraventa para el pago del precio y la falta del pago del precio no le daba derecho a la resolución del contrato. De ésto podía resultar que el vendedor perdiera la cosa y el precio; y por eso el derecho romano había dejado al vendedor la facultad de estipular, por un pacto especial, que podría recuperar la cosa si no se le pagaba el precio dentro de cierto tiempo. Era este el pacto comisorio, o *lex commissoria*, que tenía por objeto autorizar al vendedor, a quien no se le pagaba el precio, para demandar la resolución de la venta". (Obligaciones, T. 1º, 159).

El derecho español antiguo reprodujo las leyes romanas, consignando en la Ley 58 del Título 5º, partida quinta, el pacto comisorio expreso, con la misma finalidad romana, o sea, la de proteger al vendedor.

En el derecho francés, por influencia de los canonistas según los cuales la falta de cumplimiento por uno de los contratantes daba lugar a la resolución, aunque expresamente no se hubiere convenido un pacto comisorio que así lo dispusiera, se presumió esa condición resolutoria tácita como el natural efecto de la noción de la causa, y así lo expresó en el artículo 1184: "La condición resolutoria está siempre, subentendida en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que una de las partes no satisfaga su compromiso".

Don Andrés Bello, precisando más este principio y siguiendo el lineamiento germano, sobre la base de la regla *non ser vanti fidem*, non est fides servanda, en el artículo 1849 del Código chileno expresó:

"En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

"Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

Y el artículo 1546 de nuestro Código Civil, fiel transcripción de la norma chilena, consagró la teoría de la condición resolutoria tácita del contrato bilateral con características distintas a las del pacto comisorio romano.

Los doctrinantes han dado distintos fundamentos a la condición resolutoria tácita: mientras que para unos no representa y consagra más que una regla de conveniencia, derivada de la voluntad presunta de las partes, según la cual se reputa que cada una se ha obligado bajo condición de que la otra cumple al mismo tiempo su compromiso, para otros es una obligación de la teoría de la causa, pues siendo en los contratos bilaterales, y especialmente en los onerosos, la obligación de una de las partes causa de la obligación de la otra, si una de ellas no cumple su obligación, la de la otra deja por lo mismo de tener causa, otros la entienden como una repercusión de los móviles determinantes de las partes para el mantenimiento del equilibrio contractual. Cualquiera que sea el fundamento científico de las diversas tesis, lo cierto es, y hay que admitirlo, que la condición resolutoria es la consagración de la regla de equidad que no permite dejar a uno de los contratantes ligado por un contrato en que el otro no ha satisfecho la contraprestación equivalente. La justicia conmutativa es pues fundamento del principio de igualdad de las partes en los contratos.

En resumen: "La acción resolutoria consagrada por el artículo 1546 del Código Civil que se extiende a todos los contratos bilaterales, está además establecida de una manera especial en el Código, en el contrato de compraventa, tanto para el vendedor como para el comprador, al tenor de los

artículos 1882, 1888 y 1930. El vendedor que no cumple con una de sus obligaciones principales, hacer la entrega y tradición de la cosa vendida —Art. 1880— pone al comprador en la capacidad legal para perseverar en el contrato o desistir de él —Art. 1882—. A su turno, el comprador constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos, capacita al vendedor para ejercer la acción resolutoria o demandar el pago del precio. Sólo pueden enervarse estas acciones cuando, en el caso del artículo 1882, el comprador está en mora de cumplir su obligación y cuando, en el del 1930, el vendedor no ha cumplido con las que le corresponde, porque el principio del artículo 1609 del Código Civil se aplica, como es obvio, a todos los pactos bilaterales. Puede también enervarse la acción resolutoria cuando el contratante contra quien se ejercita demuestra que, por una fuerza mayor, o por un caso fortuito no imputable a él, no pudo cumplir su obligación en los términos pactados. Por otra parte, las reglas que rigen las obligaciones condicionales, modales, alternativas, etc., deben ser tenidas en cuenta al estudiar la acción resolutoria, pues es preciso considerar las estipulaciones y modalidades del pacto cuya resolución se demanda". (XLVIII, 404).

4º El artículo 1609 del Código Civil consagra expresamente la excepción de contrato no cumplido. Ninguna de las partes puede demandar a la otra para exigirle el cumplimiento o la resolución del contrato, si no ha cumplido por su parte o está pronta a cumplir las obligaciones que éste le impone. Si lo hace sin haber llenado este requisito, la parte demandada que no se encuentra por lo mismo en mora, puede oponer la excepción de incumplimiento. En los textos romanos no se halla enunciada la regla según la cual, en todos los negocios jurídicos que dan lugar a relaciones recíprocas, ninguna parte puede reclamar de la otra ejecución de sus compromisos si a su vez no ha ejecutado los suyos, o no ofrece ejecutarlos, lo que hace presumir que la *exceptio non adimpleti contractus*, como regla no fue conocida por los jurisconsultos romanos.

Sin embargo, "en Roma el contratante perseguido para la ejecución de un contra-

to sinalagmático tenía el derecho de rehusar su prestación, fundándose en la inejecución de los compromisos del demandante y el debate solamente se refería sobre el punto de saber si el contratante tuvo siempre este derecho y si debía hacer uso de él, bajo la forma de una oposición a la admisibilidad de la acción y regularmente intentada o considerando ésta como válidamente deducida en la forma de una excepción".

"Si no lo hacía, el juez no podía hacer otra cosa que concederlo. El derecho romano rehusaba en principio la *conditio indebiti* al deudor que había omitido invocar la compensación; no se podía decir, en efecto, que hubiera pagado lo que no debía. En lo que concierne a la negativa de ejecución, fundada en la no ejecución por el demandante de los compromisos, la regla ha debido ser la misma, no se podía decir que el demandado que ha pagado sin invocar el principio de la simultaneidad de ejecución, ha pagado lo que no debía, aun en el caso mismo en que no hubiera abiertamente otorgado crédito al demandante. Basada en el principio de la simultaneidad de ejecución en los contratos de buena fe, la *exceptio non adimpleti contractus* no era utilizable, sino cuando la parte que la oponía invocaba una obligación simultánea o previamente exigible que incumbía a su adversario".

"En cuanto a la compensación era posible en todas las acciones de buena fe entre créditos nacidos *ex aedem causa*, sin otra condición que la exigibilidad de las dos deudas opuestas. Además y en el hecho, la compensación posible aun para deudas no fungibles facilitada por el principio de las condenaciones en dinero, en la práctica judicial, satisfacían lo más a menudo las exigencias de buena fe. La *exceptio non adimpleti contractus* más rigurosa no se hallaba sancionada por el juez, sino en casos en que el demandante manifestara una mala voluntad obstinada".

"La compensación y la retención venían a ser así las formas especiales de aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*. Justinianus les dio bastante amplitud, tratándose de volver al principio de la correlación entre las obligaciones; hizo extensiva la compensación de las acciones reales

y no las suprimió entre las deudas de cosa no fungible, dejando así al juez el derecho de estimar en dinero el valor de esa deuda, hacer el balance entre ellas y agotar el derecho de cada adversario contrario al principio de la ejecución en naturaleza sin el cual la negativa de ejecución pura y simple, es decir, la exceptio non adimpleti contractus, carece de utilidad”.

“Aparece así, de estos antecedentes históricos, que la exceptio non adimpleti contractus, no tuvo en Roma como base un principio debidamente expresado. Sus aplicaciones no fueron frecuentes aún en los contratos sinalagmáticos perfectos, en la época clásica a causa de la facilidad que presentaba la compensación de las acciones de buena fe. La multiplicación posterior de las demandas reconventionales y el ensanche considerable del dominio de la compensación, contribuyeron a dejar la negativa de la presentación integral, un campo de aplicación extremadamente limitado”. (Claro Soler, Obligaciones, T. II, Págs. 777 y ss.).

En el derecho francés, que ha repudiado toda distinción entre los contratos de derecho estricto y los de buena fe, y entre los contratos nominados e innominados, no podía dejar de admitirse el principio de la ejecución simultánea y su sanción.

Domat se expresa en estos términos: En todas las convenciones siendo el compromiso del uno fundamento del compromiso del otro el primer efecto de la convención es que cada uno de los contratantes pueda obligar al otro a ejecutar su compromiso, ejecutando el suyo por su parte, según que uno y otro se hallen obligados por la convención, sea que la ejecución deba hacerse de una y otra parte al mismo tiempo, o que la ejecución deba proceder de la parte del uno a la parte del otro. (Lois civiles, Libro 1º, Pág. 629).

El Código chileno en su artículo 1552, igual al 1609 del nuestro, sancionó el principio de que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, inspirándose en las reglas especiales de Las Partidas, que consignaban para la compraventa y las promisiones en general, en

las cuales se hallaba en realidad consultado el cumplimiento de las obligaciones recíprocas y relacionando sus preceptos con la constitución en mora, indispensable para hacer responsable al deudor que no ejecutó oportunamente la prestación a que se obligó y responsabilizándolo de los perjuicios causados.

El principio básico sobre el cual reposa la exceptio non adimpleti contractus es la equidad. Por consiguiente, para que tenga cabida la excepción de inejecución, se requiere en primer lugar, que exista entre las partes una relación bilateral obligatoria, en la que la parte perseguida sea efectivamente deudora de una prestación emanada de esa relación, y al mismo tiempo acreedora de una contraprestación no efectuada aún por la otra. En segundo lugar, se requiere que el contratante a quien se demanda la ejecución, no se halle forzado por el contrato a satisfacer primero su obligación. Esta condición emana de los principios mismos en que se funda la excención de inejecución, porque una de las partes no puede prevalecerse de la regla de la igualdad, si la naturaleza del contrato o un pacto expreso le impone el cumplimiento de su prestación antes que el de la otra. Por tanto, este medio de defensa es improcedente si la contraparte ya ha realizado su prestación, o si se pacta el cumplimiento de la obligación de una parte antes que el de la otra.

El tercer requisito para poder hacer valer la excepción de inejecución, es la buena fe. Un contratante a quien se exige la ejecución de sus compromisos, no puede resistirse a pagar su prestación, fundándose en la inejecución de los compromisos correlativos del demandante, sino en cuanto esta negativa, justificada por lo demás, es compatible con la lealtad y la confianza recíprocas necesarias en la ejecución de los contratos.

5º La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella. (artículo 713, C. C.).

Los artículos 738 y siguientes del Código Civil regulan el fenómeno jurídico en virtud del cual el dueño de un inmueble pasa a serlo de lo que por accesión se le junta incorporándolo a su patrimonio, y este re-

sultado se obtiene sin que para ello se realice o se cumpla tradición alguna, en virtud de que ésta no es el modo; lo es la accesión.

El Código Civil en el artículo 739 prevé dos casos en punto de edificación o plantación sobre suelo ajeno:

a) Cuando el propietario ignoró que se edificó o plantó en su heredad, y

b) Cuando se construye, planta o siembra a ciencia y paciencia del propietario.

En el primer caso "el dueño del terreno tendrá derecho a hacer suyo el edificio o la plantación mediante ciertas indemnizaciones o también el de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder".

En el segundo caso, no puede recobrar el terreno sino pagando el valor de la edificación, construcción o plantación, y no puede obligar al mejorador a comprarle tierra ocupada.

Al respecto ha dicho la Corte: "Según los preceptos de la teoría legal de la accesión en el caso de edificaciones en suelo ajeno, la ley asigna al dueño del terreno el dominio de la edificación, constituyendo los dos bienes una sola entidad y no por un dominio distinto o separado del que se tiene sobre la cosa principal, sino como una consecuencia de éste, que se extiende sobre la cosa que se junta, pero le impone al adquirente, para evitar un enriquecimiento indebido, la obligación de pagar al dueño de los materiales las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores para el caso de la reivindicación. El modo de adquisición opera y produce sus efectos jurídicos cuando el hecho material de la unión de las cosas se realiza, porque es entonces cuando la cosa que accede adquiere la calidad jurídica del inmueble por adherencia y se incorpora a la principal. En este momento nacen las obligaciones que la ley establece entre los propietarios de lo principal y lo accesorio. Con apoyo en estos principios ha dicho la Corte que: 'La demanda para reclamar el valor de las mejoras efectuadas en terreno ajeno debe dirigirse, no contra el actual poseedor del suelo, sino contra el que era dueño o poseedor del terreno donde se hicieron las obras cuyo valor se reclama y el cual las adquirió

por accesión. Pues es de presumirse que con dichas obras (construcciones, plantaciones) se ha aumentado el valor del inmueble para el mismo dueño y no para otro que lo haya adquirido después de mejorado por compra o por cualquier otro título.'" (LXIII, 84).

En consecuencia, el dueño del terreno en que otra persona ha edificado o plantado, lo es también de la construcción o plantación, y puede enajenarla como propia, sin limitación ni restricción alguna en el dominio que transmite, pues los bienes han venido a constituir una sola entidad; y quien plantó o edificó tiene un crédito personal contra quien era el dueño del suelo, al plantarse aquélla. En tratándose de predios rurales, los principios antes expuestos sufren variaciones según las reglas generales que regulan esa materia.

A favor del arrendatario consagra el derecho de retención el artículo 1995 que expresa: "En todos los casos en que se debe indemnización al arrendatario, no podrá ser éste expelido o privado de la cosa arrendada, sin que previamente se le pague o se le asegure el importe por el arrendador".

Analizando el derecho de retención ha dicho esta Corporación:

"Habiéndose limitado la ley a establecer para ciertos casos, como son los de los artículos 859, 970 y 1995 del Código Civil y 3º (Ordinal f) de la Ley 100 de 1944, el derecho de retención, sin organizar sobre la materia un sistema de reglas especiales, toca a la jurisprudencia orientarse en este campo por medio de los preceptos que regulen materias semejantes, en cuanto sean compatibles con la finalidad de la retención y con el ser de los derechos a que ésta accede.

"Entendida la retención como el derecho en virtud del cual el que tiene una cosa que debe a otro, está por ley autorizado para detenerla en su poder, mientras que por el acreedor a su entrega no le sea satisfecha o asegurada al primero, una deuda causada en relación con la misma cosa —*credittum cum re junctum*, es incuestionable que tal retención, como simple medida coactiva que por ministerio de la ley tiene el retenedor en procura del pago de su crédito, no puede conferirle el poder de disfrutar de la cosa, lo que implicaría un abuso.

“Pero, si el derecho esencial del retenedor como tal consiste en la facultad de rehusar la restitución de la cosa, en tanto que se le satisfaga o asegure el pago de su respectivo crédito, dada la indivisibilidad que tal derecho ostenta y la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, es entonces lógico que haya de atribuirse al retenedor el derecho de percibir los frutos de la cosa, no para hacerlos suyos, sino para ejercer sobre ellos el mismo derecho de retención. Si así no fuera, no habría otra alternativa que la de dejar perecer los frutos, sin provecho para nadie, lo que sería contrario a la economía general, o dejar que el propietario o destinatario de la cosa entre a percibirlos, lo que haría ilusorio el derecho de retención, pues el dueño o destinatario al ejercer sobre el bien las ventajas de su goce, además de estorbar al retenedor en el ejercicio de tal derecho, no tendría estímulo alguno para procurar el pago de la deuda a favor de éste. Y tales conclusiones encuentran su respaldo en la aplicación por analogía de los artículos 2420 y 2333 del Código Civil, el primero de los cuales enseña que ‘el acreedor no puede servirse de la prenda sin el consentimiento del deudor. Bajo este respecto sus obligaciones son las mismas que las del mero depositario’; y el segundo de los cuales reza en su última parte que ‘la cosa depositada debe restituirse con todos sus accesorios y frutos’. Lo cual coincide con la primera parte del artículo 2428 ibidem sobre prenda que dice: ‘el acreedor es obligado a restituir la prenda con los aumentos que haya recibido de la naturaleza o del tiempo’.” (Tomo XCI, Pág. 908).

Expuesto lo anterior, la Corte procede a estudiar el cargo 3º para lo cual se tiene en cuenta:

Dice el censor que “Dos apoyos lógicos le dio el Tribunal a la conclusión decisiva a que llegó en su fallo, o sea a la que el demandado acreditó la existencia de la exceptio non adimpleti contractus: a) El consistente en que ‘no se adujo por la parte actora ninguna contraprueba de que Jiménez hubiera aceptado al contratar la existencia de ocupantes extraños dentro del inmueble, y b) El de que habiendo sido vendidas a Jiménez unas mejoras que en la escritura de venta del

inmueble ‘Las Mercedes’ figuraban como de los vendedores, aquél los halló ocupados por personas ‘que afirmaron su propiedad sobre ellas y por lo tanto su posesión, con ánimo de señores y dueños, sobre tales cultivos’.”

Agrega que la sustentación es fruto de evidentes errores de apreciación probatoria, porque el Tribunal no vio la prueba de confesión de Jiménez, que demuestre todo lo contrario de lo afirmado por el ad quem, y apreció indebidamente otras pruebas que obran en el proceso.

Efectivamente, Jiménez Cuenca, con anterioridad a este proceso había confesado que tenía conocimiento de la existencia de arrendatarios en el inmueble adquirido pues al contestar la pregunta décima del interrogatorio a que fue sometido extrajudicialmente, y que se allegó al proceso en la diligencia de inspección ocular practicada por el juzgado del conocimiento dijo: “Evidentemente existían arrendatarios que conforme a lo convenido con Eduardo Escobar López deberían entregar el día 31 de diciembre del año en que compré para lo cual el propio Escobar López quedó garante como lo pueden atestiguar los señores Eutiguio Ramírez Cedeño y el doctor Rojas Villoria”.

También, Jiménez Cuenca, al contestar la pregunta 7ª del interrogatorio (folio 9º, Cuaderno 3), confesó que había recibido materialmente el predio antes de perfeccionarse el contrato de compraventa. En efecto, allí se lee: “Diga si es cierto que en la escritura de compra de ‘Las Mercedes’ se hizo constar que usted estaba en posesión de la misma por haber sido entregada a satisfacción por los vendedores? Contestó: Me atengo a lo que dice la escritura”. Y la cláusula 4ª de la escritura número 1965 de 1967, expresa: “Que desde el día 9 del mes en curso, el comprador se encuentra en posesión material de la hacienda ‘Las Mercedes’ por haberle sido entregada a entera satisfacción por los vendedores”.

El Tribunal no vio las anteriores confesiones del demandado; en la sentencia ni siquiera las menciona, y por tanto incurrió en ostensible error de hecho porque ellas demuestran sin lugar a duda, que el comprador sí conocía al celebrar el contrato, la existencia de arrendatarios en el predio

'Las Mercedes', y que lo recibió materialmente a su satisfacción. En esta forma queda sin base el primer soporte de la sentencia.

En el segundo argumento del Tribunal, o sea, que los vendedores transfirieron al comprador mejoras existentes en el predio sobre las cuales terceros afirman propiedad y posesión, con apoyo en las pruebas que adelante se analizan, igualmente incurrió el *ad quem* en manifiestos errores de apreciación aprobatoria.

En efecto

De la copia del acta de visita practicada por el Incórra, en septiembre de 1968, con citación del propietario Francisco Edilberto Jiménez Cuenca, en la cual, como conclusión, se expresó lo siguiente: "Son arrendatarios del predio 'Las Mercedes' ... Griseldino Izquierdo, Celestino Tapias, Gabriel Pacheco, Laura María Esquivel, Esteban Callejas, Florencio Esquivel, Roosevelt Hernández, Ricardo Bustos, Eleuterio Bustos, Zoila Bustos, Inés Sánchez Esquivel, Darío Martínez, Samuel Perdomo, Guillermo Callejas, Cleodonio Díaz, Pedro Callejas, Jorge Rodríguez, Pompilio Perdomo". En la diligencia se hace referencia a los cultivos de los arrendatarios, antigüedad de los mismos y extensión de las correspondientes parcelas.

De dicho documento, dice el Tribunal, "se desprende que el predio Las Mercedes se encuentra explotado mediante pequeños arrendatarios que ocupan parcelas sembradas con cultivos de plátano y de cacao y otros cultivos entre media hectárea y tres hectáreas de extensión y de 3 a 19 años atrás de la fecha de la inspección que se realizó... En las actas figuran la posesión de cada uno de ellos, la extensión del predio, la antigüedad de la explotación y en todos la obligación de pagar un precio como arrendamiento del respectivo lote".

Se ve claramente, que al acta de visita en referencia, sólo se desprende la existencia de arrendatarios y no de poseedores, en parte del predio Las Mercedes, y en las condiciones citadas en la misma acta.

La certificación de la Caja de Crédito Agrario, allegada por el actor, y que contiene el comprobante de consignación de

arrendamientos a favor del comprador Jiménez Cuenca, no indica en manera alguna que los consignantes hayan plantado mejoras en el suelo, sino simplemente el reconocimiento de que son arrendatarios, esto es, de que no son dueños ni poseedores del predio que detentan. Luego el Tribunal al apreciar esta prueba y deducir de ella lo que dedujo, alteró su sentido, porque los comprobantes de consignación de arrendamientos no prueban propiedad sobre mejoras.

Los testigos Eduardo Ninco Camargo, Griseldino Izquierdo, Eleuterio Bustos, Roosevelt Hernández Esquivel, Ricardo Bustos Gil, Cleodonio Díaz Suache, Guillermo Callejas Pacheco, Celestino Tapias Tique, Florencio Esquivel Herrera, Laura María Esquivel de Pacheco y Darío Martínez Flórez, deponen en forma similar a lo expresado por Griseldino Izquierdo quien declaró así: "una vez que el doctor Francisco E. Jiménez adquirió la finca Las Mercedes nos llamó y yo me negué a firmar contratos de arrendamiento con él por cuanto esas mejoras eran y son mías, pues son puestas por mis propias manos. Esas mejoras en ningún momento han sido de propiedad de los antiguos propietarios de la hacienda hermanos Escobar López... aclaro que el terreno es de la hacienda pero las mejoras son mías... Claro que las mejoras son de los arrendatarios y al vender eso es vender cosa ajena".

Es decir, cada uno de los declarantes reconoce que no es propietario del suelo sino arrendatario, pero que las mejoras por haberlas plantado, son de su propiedad.

Respecto a algunas de estas declaraciones dice el *ad quem* "todos los testigos anteriores afirman que las mejoras plantadas en sus respectivos lotes son de su propiedad y no de la hacienda, o sea de los dueños de ella, que el arrendamiento que pagan es por el lote pero de ninguna manera por las mejoras que les pertenecen a los cultivadores de varios años atrás; que por ello se negaron a firmarle a Jiménez Cuenca o a los dueños anteriores contratos de arrendamiento sobre los cultivos y que finalmente si los Escobar López incluyeron en la venta las mejoras por ellas plantadas vendieron indudablemente cosa ajena".

Sobre el particular se observa

La manifestación de estos declarantes no puede tomarse como confesión porque no los desfavorece, ni por sí solas tienen fuerza de convicción respecto al hecho de haber plantado ellos mismos sus propias mejoras; a lo sumo se trata de testimonios aislados de personas interesadas en su dicho. En la apreciación de esta prueba testimonial incurrió el Tribunal en errores de derecho porque si las tomó como confesión hay que advertir que no tienen tal naturaleza ya que son manifestaciones que no perjudican a quienes las hicieron, ni tampoco la confesión sería medio eficaz para demostrar la propiedad sobre el inmueble. Si las tomó como testimonios igualmente incurrió en un error de derecho, porque en ese supuesto les habría dado un valor que la ley les niega para la demostración de tal hecho.

Confunde, además, el Tribunal el caso de venta de cosa ajena normado por el artículo 1871 del Código Civil, con el de la acepción. La venta de cosa ajena otorga al comprador las acciones emanadas por el incumplimiento del contrato, mas ya se explicó que el dueño del terreno puede transferirlo válidamente con las mejoras hechas por terceros, pero dejando a salvo los derechos de éstos.

La pregunta 4ª del interrogatorio de parte formulado por los demandantes al demandado dice: "Diga si es cierto que la finca Las Mercedes tenía y tiene unos catorce o quince arrendatarios que no han querido abandonar su posesión y que le han creado problemas y le han hecho amenazas de palabra y obra?"

De esta pregunta no puede inferirse incumplimiento del vendedor.

Ya se dijo que la existencia de arrendatarios en una parte de la finca, no se puede deducir incumplimiento en la obligación de los vendedores respecto a la entrega material del bien, porque la existencia de ellos no inhibe al comprador para entrar en posesión del bien adquirido. Una, de las formas de entrega material es precisamente la de continuar el comprador con los contratos de arrendamiento, comodato, etc., existentes al momento de la venta, subrogándose en los respectivos contratos.

La intervención posterior e individual de uno de los vendedores, Eduardo Escobar López, necesariamente debe interpretarse como una colaboración para ayudar a resolver las divergencias surgidas entre el comprador y los arrendatarios. Nada más puede inferirse.

En la diligencia de inspección ocular practicada el 15 de octubre de 1970, se lee: "... En las vegas del Río Cabrera existen mejoras consistentes en matas de plátano, cacao en producción. Pedro Callejas Gaitán manifiesta que tiene unas 200 matas productivas entre plátano y popoche... y según indicó paga \$ 200.00 anuales al doctor Francisco Jiménez Cuenca. Dentro del mismo potrero 'El Hospital' y cerca del Río Cabrera tiene unas mejoras Guillermo Callejas... La señora Rosario Perdomo de Callejas informó que su esposo Guillermo Callejas tiene a continuación de la casa y cerca de las vegas del río antes citado cuatro plataneras. También manifestó que en las precitadas vegas tiene mejoras de plátano, cacao, etc., entre otros, Ricardo Bustos y Zoila de Bustos, mejoras constatadas por el juzgado".

Analizando la mencionada diligencia dice el fallador: "Es fehaciente la prueba de que dentro del área de la hacienda Las Mercedes existen, desde antes de la celebración del contrato entre los Escobar López y Jiménez Cuenca mejoras cuya propiedad alegan terceras personas quienes las vienen explotando sin interrupción, mediante el pago de cánones de arrendamiento por el lote sobre el cual se hallan plantadas".

Tal cual se dijo atrás, el dueño del terreno en el que se ha edificado o plantado lo es también de la construcción o plantación, y puede enajenarla como propia, sin limitación ni restricción alguna en el dominio que transmite, pues los bienes han venido a constituir una sola entidad; y quien plantó o edificó tiene una acción, un crédito personal contra el dueño del suelo y un derecho de garantía para el pago de las mejoras.

De modo que, de la prueba en estudio, únicamente puede deducirse que si los arrendatarios efectuaron mejoras en sus parcelas, en el momento oportuno pueden ejercitar los derechos que les otorga la ley,

pero nada más procede inferir de la cuestionada prueba.

Conclúyese de lo anterior que ni conjunta o aisladamente con las pruebas analizadas, puede llegarse a la conclusión a que llegó el Tribunal.

Los errores de hecho y de derecho ya anotados, en que incurrió el *ad quem* lo condujeron a violar las disposiciones sustanciales citadas por el censor al aplicarlas indebidamente, o dejarlas de aplicar, al caso *sub lite* y por lo dicho el cargo prospera, y el fallo recurrido debe ser casado.

Sentencia sustitutiva

La acción resolutoria consagrada por el artículo 1546 del Código Civil que se extiende a todos los contratos bilaterales, está además establecida de una manera especial en el contrato de la compraventa, tanto para el vendedor como para el comprador, al tenor de los artículos 1882, 1888 y 1930. El vendedor que incumple cualquiera de sus obligaciones pone al comprador en capacidad legal para perseverar en el contrato o desistir de él.

A su turno, el comprador constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos, capacita al vendedor para ejercer la acción resolutoria o demandar el pago del precio.

Los vendedores acreditaron el cumplimiento de sus obligaciones, pues obra en el proceso la escritura pública número 1965 de 25 de septiembre de 1967, otorgada en la Notaría Primera de Neiva, debidamente registrada, que demuestra la entrega jurídica del inmueble Las Mercedes, con sus mejoras, anexidades y dependencias. La entrega material del mismo bien, también fue cumplida, pues como ya se expresó, en la cláusula 4ª, el comprador manifestó "que desde el día 9 del mes en curso" se encontraba en posesión material del predio, declaración que no desvirtuó el comprador. Por el contrario, tanto en la declaración de parte rendida extraproceso, cuanto en la rendida en el proceso, confesó que había recibido materialmente el mencionado predio. En la primeramente citada, confesó (contestación a la pregunta 10) que conocía la existencia de arrendatarios, luego al suscribir el contrato después de recibir el

bien aceptó esa situación y se subrogó en los respectivos contratos de arrendamiento. Es entonces indudable, que los vendedores cumplieron con sus obligaciones.

El comprador demandado incumplió el contrato de compraventa, pues adeuda a los vendedores el saldo del precio estipulado. Este hecho que no lo niega el comprador, está además comprobado con los tres pagarés de plazo vencido que se adjuntaron a la demanda. En estos títulos-valores se expresa: "Esta obligación procede del saldo del precio de la venta de la hacienda Las Mercedes... de conformidad con la escritura número 1965 de fecha 25 de septiembre de mil novecientos sesenta y siete (1967), otorgada en la Notaría Primera (1ª) del Circuito de Neiva".

Además, al ser requerido Jiménez Cuenca para la cancelación de esos pagarés expresó: "Me abstengo de pagar las sumas en referencia por las mismas razones expuestas en cartas que he dirigido al señor Eduardo Escobar López, como representante a la vez de sus hermanos, las cuales oportunamente se acompañarán".

Por tanto, es indudable que Jiménez Cuenca incumplió la obligación de pagar el saldo del precio, o sea la suma de \$ 170.000.00.

En consecuencia, la pretensión de los demandantes, reúne los requisitos exigidos por la ley para su prosperidad.

El demandado para enervar la acción propuso la excepción de contrato no cumplido. Analizóse ya el material probatorio allegado por el demandado para demostrar los hechos en que fundó la excepción. De tal examen concluyóse que ella no podía prosperar.

El comprador alega mejoras y sobre ellas invocó el derecho de retención. Es indudable que el demandado efectuó diversas obras en el predio, tales como limpieza de una acequia, reparación y terminación de la misma, arreglo de potreros, siembra de pastos, cercamientos, etc. Numerosos testigos así lo declaran. Los vendedores también lo reconocen. Pero el dictamen pericial que obra en el proceso rendido sobre este punto y sobre avalúo de frutos no reúne los requisitos exigidos por los artículos 237-6 y 241 del Código de Procedimiento Civil, porque no está debidamente fundado, pues los

peritos se limitan a señalar guarismos sin explicar y motivar claramente la razón de ellos. Por ende, no puede apreciarse.

En consecuencia, el valor de las expensas necesarias y de los frutos debe establecerse posteriormente. Las prestaciones mutuas y las compensaciones a que hubiere lugar deben regirse por lo dispuesto en los artículos 965, 966, incisos 5º y 6º, y 1932 del Código Civil. De conformidad con el artículo 1932 del Código Civil, el comprador demandó en virtud de no haber pagado íntegramente el precio, debe ser considerado como poseedor de mala fe.

Por tanto, para que se le abonen las expensas necesarias deben apreciarse las que Jiménez Cuenca efectuó y probó. Respecto a las mejoras útiles debe aplicarse lo dispuesto en los incisos 5º y 6º del artículo 966 del Código Civil que expresan; pues todas las disposiciones que se han citado rigen la materia:

“El poseedor de mala fe no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles de que habla este artículo.

“Pero podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehuse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados”.

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, cassa la sentencia recurrida, y, procediendo como tribunal de instancia,

Resuelve:

1º Revócase la sentencia proferida por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Neiva el 27 de marzo de 1971.

2º Declárase que no está demostrada la excepción de contrato no cumplido propuesta por el demandado.

3º Declárase resuelto el contrato de compraventa de la finca rural “Las Mercedes”, contenido en la escritura número 1965 de 25 de septiembre de 1967, otorgada en la Notaría 1ª de Neiva celebrado entre Josefina, Margarita, Ana Inés, Ignacio, Eduar-

do, Miguel, Francisco y Luis Javier Escobar López, de una parte, quienes actuaron como vendedores, y, de otra, Francisco Edilberto Jiménez Cuenca, quien intervino como comprador.

Consecuencialmente, decrétase la restitución de las cosas al estado que tenían antes de la celebración de dicho contrato, por lo cual Francisco Edilberto Jiménez Cuenca queda obligado a devolver a los demandantes Escobar López los bienes objeto del contrato resuelto, libres de todo gravamen. La entrega deberá hacerla una vez se ejecutorie este fallo, junto con los frutos civiles y naturales producidos o que hubiera podido producir el bien con mediana inteligencia y cuidado, en la proporción que corresponde a la parte del precio no pagado, tomando como base que del precio de \$ 470.000.00, dejaron de pagarse \$ 170.000.00.

A su vez, los demandantes Josefina, Margarita, Ana Inés, Ignacio, Eduardo, Miguel Francisco y Luis Javier Escobar López, ejecutoriada esta sentencia, restituirán al demandado Francisco Edilberto Jiménez Cuenca, la suma de \$ 300.000.00 que les había entregado como parte del precio. Los mismos le abonarán las expensas necesarias invertidas en la conservación de los bienes materia de este contrato, en los términos del artículo 965 del Código Civil.

El demandado, por ser poseedor de mala fe, no tiene derecho al pago de mejoras útiles, sino sólo al retiro de materiales, según lo que disponen los dos últimos incisos del artículo 966 *ibídem*.

4º Condénase a Francisco Edilberto Jiménez Cuenca a pagar a los demandantes los perjuicios que haya causado a éstos con el incumplimiento del contrato resuelto.

5º Decrétase la cancelación de la escritura que contiene el contrato de compraventa resuelto, y de su registro, así como la inscripción de la demanda que originó este proceso. Con tal fin se librarán los oficios del caso.

6º La liquidación de las condenas hechas en abstracto se hará siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

7º Concédese al demandado Francisco Edilberto Jiménez Cuenca, mientras se le paga el valor de las expensas a que tenga derecho o se le asegure a su satisfacción, derecho de retener la finca Las Mercedes.

8º Las costas de primera y segunda instancia las pagará el demandado. Sin costas en el recurso de casación.

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

*Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Es-
guerra Samper, Humberto Murcia Ballén, Al-
fonso Peláez Ocampo.*

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

Sala de Casación Penal

REVISION

El recurso de revisión implica un debate probatorio, así como el de casación es un razonamiento jurídico. En aquél se atacan las bases del juicio penal; en éste se impugna la sentencia, o sea, que en el uno la materia sub iudice es el proceso mismo, mientras en el otro la discusión versa sobre la legalidad de la sentencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre cuatro (4) de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Agotado el trámite correspondiente, entra la Corte a resolver el recurso de revisión interpuesto por Jaime Duque Betancur, en cuanto al juicio que contra éste y otros se adelantó por el delito de peculado, del que conoció en primera instancia el Juzgado Promiscuo del Circuito de Buga y, en segunda, el Tribunal Superior de la misma ciudad, infracción por la cual se le impuso al recurrente —atendida su responsabilidad simplemente culposa— la sanción de “pérdida del empleo, si aún estuviere en él, y la responsabilidad civil u obligación de pagar los caudales defraudados, en cantidad de ciento nueve mil trescientos cuatro pesos (\$ 109.304.00), ...”, de que fue víctima... “el Banco Popular, Sucursal de Tuluá”.

Hechos

En el proceso aludido se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido, que acoge el Procurador 1º Delegado en lo Penal:

“Los señores Javier y Herney Cuadros eran cuentacorrentista y cajero del Banco Popular, Sucursal de Tuluá, y así, al explicar un faltante de dineros de propiedad de la institución..., confesaron que en virtud de peticiones que en tal sentido les hicieron sus amigos personales Nicolás Gutiérrez y Evelio Cárdenas autorizaron el pago de cheques sin la debida provisión de fondos, con lo cual se ocasionó el desfalco que ascendió a la cantidad antes anotada. Afirman igualmente ambos empleados que con el objeto de ocultar el hecho anotado, resolvieron adulterar el contenido del balance mensual y el de los extractos de varios clientes, con cuyas cantidades se hacían juegos para evitar el descubrimiento de su acto. Cada uno de los empleados, que fueron indagados por los hechos que en el mes de enero de 1966 fueron denunciados por el señor Gerente del Banco, Ancízar Vinasco, pues fue descubierto el faltante en el momento de efectuarse una revisión total de cuentas, manifestaron por separado que el procedimiento antes descrito fue el que causó el desfalco. Niegan que hubiera habido conexión o acuerdo entre ellos para la ejecución de sus actos y manifiestan que desconocen la razón por la cual cada una de esas actuaciones era idéntica a la otra, e igualmente que hubiera habido coincidencia de clientes favorecidos, en este caso, Nicolás Gutiérrez y Evelio Cárdenas.

“Los pagos de los cheques girados sobre cuentas corrientes del Banco Popular se hicieron a los señores Luis Carlos Estrada, Jesús A. Rengifo, Nicolás Gutiérrez, Marta Cecilia Gutiérrez y Beneda Rincón López. Al ser interrogados sobre este asunto, los dos primeros manifestaron que siendo empleados de Nicolás Gutiérrez recibieron la orden de éste de abrir una cuenta corriente en el Banco Popular y posteriormente firmar la chequera en blanco, para que su patrón la manejara por su cuenta y riesgo. Manifiestan igualmente ambos sindicatos que no sabían el destino que el citado Gutiérrez diera a tales cheques y que su actividad se reducía a abrir la cuenta y a ir por las chequeras, y firmarlas. Estos dichos fueron suficientemente confirmados a lo largo de la investigación, razón por la cual este juzgado en auto calificadorio consideró que tales señores debían ser sobreseídos definitivamente...”

Se agrega que “Nicolás Gutiérrez al ser indagado manifiesta que todo empezó cuando un día le hacía falta un dinero en la cuenta que a nombre de Luis Carlos Estrada había abierto en el Banco Popular y recibió autorización de Javier Giraldo para efectuar el giro sin los fondos necesarios hasta tanto hiciera las consignaciones respectivas, con lo cual se fue formando un alcance que no pudo posteriormente cubrir por ser superior a sus capacidades económicas. Manifiesta que en ningún momento tuvo intención de apoderarse de tal dinero, y que está resuelto a pagarlo si el Banco le otorga un largo plazo y un módico interés. Informa que ninguno de sus dos empleados conocían estos hechos y que sus actos fueron todos de buena fe. El señor Evelio Cárdenas informa igualmente que él manejaba una cuenta en el Banco Popular, la cual había sido abierta por su mujer Beneda Rincón y que se había enterado por el señor Gerente sobre la existencia de unos sobregiros. Niega cualquiera participación en el ilícito investigado”.

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Invoca el actor la causal quinta de revisión, que se refiere al caso en que se encuentren, después de la condenación, he-

chos nuevos o se presenten nuevas pruebas no conocidas al tiempo de los debates, de los cuales se desprenda la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad.

No obstante, los argumentos del demandante están enderezados a plantear la nulidad del juicio, pues anota que se condenó a su mandante, Jaime Duque, “sin haber sido oído y vencido en juicio”, pues siendo conocido el lugar donde trabajaba, se le declaró reo ausente sin la previa citación a hacerse presente en el asunto.

Pide el Procurador 1º Delegado en lo Penal que se rechace la solicitud del actor, pues, de una parte, la materia propuesta es extraña al recurso de revisión y, de otra, ninguna prueba fue aportada durante el trámite de este negocio.

Considera la Corte

Comparte la Corte el concepto del Ministerio Público, pues la cuestión planteada por el demandante es del ámbito del recurso de casación.

Y si bien aduce la causal quinta de revisión, de que trata el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, ni en la demanda, ni en el término de pruebas señala ni aporta esas pruebas nuevas, no conocidas al tiempo de los debates, en que pudiera apoyarse la inocencia del condenado.

Es sabido, como lo señaló ya esta Corporación, que si se ordenara “la revisión de un proceso, definitivamente concluido, fundada en que se incurrió en nulidad por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio, estaría creando una nueva causal de revisión, arrogándose así una facultad que, de acuerdo con nuestra organización constitucional, corresponde al legislador” (G. J., T. CVIII, Pág. 509).

Y ello es obvio, pues el recurso de revisión, técnicamente, es una acción promovida contra la autoridad de la cosa juzgada, cuyo objetivo no es otro que el de corregir el yerro relativo a la condenación de una persona inocente o exenta de responsabilidad, a fin de restablecer la justicia.

En fallo de siete de junio de 1955, expresa la Corte: “El recurso de revisión implica

un debate probatorio, así como el de casación es un razonamiento jurídico. En aquél se atacan las bases del juicio penal; en éste se impugna la sentencia, o sea, que en uno la materia sub iudice es el proceso mismo, mientras que en el otro la discusión versa sobre la legalidad de la sentencia..." (G. J., T. LXXX, Pág. 524).

Debe, pues, negarse la revisión pedida.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador 1º

Delegado en lo Penal, niega la revisión del juicio de que se hizo referencia y se ordena devolver el proceso al juzgado de origen, dejando en la Corte copia de este fallo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

CUESTIONARIOS EN CONSEJOS DE GUERRA

La pregunta que se hace a los vocales en consejos de guerra debe comprender, en forma concisa, todos los presupuestos sustanciales de la infracción en su aspecto genérico y específico, lo mismo que las circunstancias integrantes y modificadoras de la responsabilidad y de la sanción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., cinco de octubre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Vistos

Se halla acusada en casación la sentencia de 18 de diciembre de 1972, mediante la cual el Tribunal Superior Militar, confirmando la de primer grado, condenó al Agente de la Policía Nacional José Emilio Yama Cuastumal a la pena principal de un año y tres meses de prisión y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de lesiones personales perpetrado en la persona del menor Luis Adrada Daza el 10 de mayo de 1970.

Los hechos

Los resume, providencia de 6 de octubre de 1972 (Fl. 110), la presidencia del consejo verbal de guerra, ciñéndose a las constancias procesales, así:

“El día diez de mayo de mil novecientos setenta, en la población de Leiva, jurisdicción del Municipio de El Rosario (Nr.), cuando se celebraba el día de la madre en la casa o cantina del señor Noé Alvear, entre las nueve y las diez de la noche se presentó el Comandante de la Subestación Leiva, Cabo 2º José Emilio Yama Cuastumal, al parecer a observar si existía algo anormal en la reunión para imponer el orden, pero como no le abrieron inmediatamente, empujó la puerta y por el deterioro

de ésta, dice el suboficial, se derrumbó; entró a la casa o cantina, le quitó la peinilla o machete al citado Noé Alvear, le dio un culatazo, luego unos planazos; por lo cual alguien lo golpeó con una botella en la cabeza; el suboficial, al ver correr al menor Luis Adrada, quien estaba de posada en la casa, emprendió carrera detrás de él creyendo que ese menor era quien le había lanzado la botella y al darle alcance en una cerca, le dio un planazo en la cara causándole una lesión en la nariz que le produjo una incapacidad definitiva de quince (15) días, con desfiguración de carácter permanente, por lo cual el padre del ofendido elevó su denuncia ante el Procurador del Distrito Judicial de Pasto, en virtud de la cual el Juez Promiscuo Municipal de El Rosario abrió la correspondiente investigación”.

Actuación procesal

Inició la investigación el Juzgado Promiscuo Municipal de El Rosario. El 26 de enero de 1971 pasó el negocio por competencia al Juzgado 69 de Instrucción Penal Militar adscrito al Departamento de Policía “Nariño”. Perfeccionado en lo posible el sumario y oído el concepto de Auditoría de que trata el artículo 567 del Código Penal Militar, el Comandante del Departamento de Policía “Nariño”, por Resolución número 9 de 30 de septiembre de 1972, convocó consejo verbal de guerra, integrándolo al propio tiempo, para juzgar al sindicado José Emilio Yama Cuastumal.

Inicióse la audiencia el 3 de octubre de 1972 y concluyó con la lectura de la sen-

tencia condenatoria datada el 6 del mismo mes, mediante la cual se acogió el veredicto condenatorio por mayoría. Por apelación conoció de la dicha providencia el Tribunal Superior Militar, que, una vez surtidos los trámites de rigor, en virtud de sentencia del 18 de diciembre de 1972, confirmó la de primera instancia.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso el condenado Yama Cuastumal el recurso extraordinario de casación, que fue concedido en auto de 3 de abril del año en curso.

Enviado el expediente a la Corte, se declaró admisible el dicho recurso y se ordenó correr el traslado de rigor, a fin de formular la demanda respectiva. Presentada ésta, se declaró ajustada a las exigencias legales y se ordenó correr traslado de ella a las partes no recurrentes. El Procurador Delegado de la Policía Nacional contestó la demanda en 29 de agosto último.

La demanda de casación

Al amparo del ordinal cuarto del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal el demandante le formula dos cargos a la sentencia recurrida, así:

Primer cargo

"Impugno la sentencia de segunda instancia proferida por el honorable Tribunal Superior Militar —expone el demandante— por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad", de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 441 del Código Penal Militar, esto es, porque el cuestionario no se elaboró como lo prevé el artículo 559 *ibidem*.

"En desarrollo de la resolución de convocatoria del consejo verbal de guerra, éste se instaló en la fecha, hora y lugar señalados. El sindicato designó como su apoderado a un oficial de planta de la institución, a quien se le recibió la promesa de rigor. Acto seguido el señor Fiscal interrogó al sindicato haciéndolo a su vez el Asesor Jurídico del consejo. Terminando este interrogatorio sin actuación diferente, el presidente del consejo concedió traslados al Fiscal y al defensor, en su orden, para estudio del expediente, los cuales lo renunciaron.

De inmediato, el Presidente concedió el uso de la palabra al señor Fiscal quien hizo su exposición como consta de autos y terminada ésta le concedió la palabra al defensor; terminada la exposición de la defensa, el Presidente ordenó despejar el recinto para que los vocales dieran su veredicto...

El acta del consejo verbal de guerra "da fe que una vez concluida la etapa investigativa con el interrogatorio del sindicato, toda vez que no practicaron otras pruebas, el Presidente del Consejo procedió a correr los traslados de rigor y, como las partes renunciaran a los mismos, concedió la palabra al Fiscal y, posteriormente, al defensor. No elaboró el cuestionario conforme a derecho, con sujeción a las disposiciones examinadas que de manera ineludible lo obligaban a formularlo, entregarlo a los vocales y darle lectura tan pronto concluyera la etapa investigativa y antes de los traslados y de la intervención oral de las partes. El acta del consejo, por la claridad de los términos en ella empleados y la secuencia ininterrumpida de la misma, no deja duda al respecto sobre la grave omisión cometida.

"La gravedad de la omisión se infiere de un hecho procesal protuberante. En los consejos de guerra verbales no existe Auto de Proceder. El pliego de cargos se hace, justamente, en el cuestionario que, elaborado oportuna y técnicamente, se somete a consideración de los vocales; equivale al auto de proceder. Hay causa, dice el artículo 493 del Código de Justicia Penal Militar, a partir de la formulación de los cuestionarios; y el artículo 580 de la misma obra preceptúa que los apoderados de los sindicatos, a partir de la lectura de los cuestionarios, actuarán como defensores.

"Y es que si los cuestionarios no se formulan y leen en la oportunidad indicada, se vulnera el derecho de defensa. En efecto, se ignora el cargo que se le hace al sindicato del cual habrá que defenderlo. Esto fue lo que ocurrió en el caso sub judice, no se formuló ni se leyó, cuando concluyó la etapa investigativa, el cuestionario respectivo. Por esta razón el Fiscal en su intervención pedía que se llamara a responder al sindicato también por los delitos de abuso de autoridad y violación de domicilio, inexplicable petición si el cuestionario se hubiera formulado, entregado a los voca-

les y leído, antes de su intervención. La defensa, por su parte, si hubiera conocido los términos del cuestionario, vale decir, el cargo concreto que se le formulaba a su defendido, hubiera sido más concreta, menos divagante, menos teórica; si se hubiera enterado en la oportunidad legal que el cargo formulado a su defendido era el de haber ocasionado una herida que determinó para el ofendido 15 días de incapacidad definitiva y desfiguración facial de carácter permanente, seguramente habría trasladado a los señores vocales el concepto pericial rendido por doña Genoveva Delgado, en el sentido de que la desfiguración permanente la había sufrido el ofendido con anterioridad a los hechos investigados. Pero la omisión presidencial no le permitió conocer el cargo concreto, conocer el cuestionario, antes de su intervención.

"Si los señores vocales hubieran conocido el cuestionario, antes de la intervención del Ministerio Público y antes de la defensa, frente a una concreta pregunta sobre 'El acusado es responsable sí o no' de un cargo concreto, seguramente que el objeto de su atención hubiera sido diferente en el debate oral. Pero tampoco ellos conocían el cargo que debió formularse al acusado, tampoco conocían el cuestionario que previamente debió someterse a su consideración y examen.

"Y es que el cuestionario, según el acta, única prueba de la audiencia, vino a someterse a los vocales, cuando el Presidente ordenó despejar la sala, después del debate oral".

Subsidiariamente solicita el demandante que, en caso de que la Corte no aceptare la impugnación en el sentido de que se ha incurrido en una nulidad de carácter legal, "con el mismo fundamento y dentro de la misma causal de casación anteriores", se estime que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad supralegal, una vez que a "Yama Cuastumal se lo juzgó sin la plenitud de las formas propias del juicio penal militar en consejo de guerra verbal (artículo 26, C. N.)".

Segundo cargo

La sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad, porque el acta del consejo verbal de guerra "se elaboró, redactó,

leyó, aprobó y firmó después de haberse dictado sentencia".

"El artículo 586 del Código de Justicia Penal Militar establece —aduce el demandante— que en procedimiento de los consejos de guerra verbales sólo quedan por escrito el acta, los cuestionarios y la sentencia. Esta norma debe interpretarse en concordancia con el párrafo único del artículo 564 de la misma obra, el cual ordena que de la audiencia, el secretario levantará una acta que firmarán el presidente, vocales y demás personas que hayan intervenido, dejando constancia de las rectificaciones y reparos que se le hagan.

"En el caso sub judice se encuentra que la sentencia se dictó sin que existiera el acta de audiencia; sin que existiera constancia escrita de la intervención oral del Ministerio Público y de la defensa. Si el acta no existió, la sentencia se elaboró y dictó con base en la buena o mala memoria del señor presidente del consejo y de su Asesor Jurídico; evento inadmisible en derecho procesal penal.

"Para cumplir con las formas propias del juicio de un consejo de guerra verbal, debió elaborarse el acta, leerse y aprobarse y firmarse por los que en ella intervinieron antes de la sentencia, precisamente para que sirva de fundamento a ella, toda vez que en la misma y por mandato expreso del artículo 420 del Código de Justicia Penal Militar, numeral 3º, se debe hacer un resumen de las conclusiones definitivas del Ministerio Público y de la defensa. Si el acta se elabora después, para dictar sentencia no existe el detalle escrito de la audiencia, no existe acta, se ha conculcado un derecho esencial de defensa cual es el de hacer las rectificaciones y reparos al resumen que de sus conclusiones se haga".

Concluye el demandante solicitando que se invalide el fallo de segunda instancia, consecuencialmente se declare en qué estado queda el proceso y se disponga el envío del negocio al Tribunal de origen "para que proceda con arreglo a lo resuelto por la honorable Corte Suprema de Justicia (numeral 3º, Art. 583, C. P. P.)".

Concepto del Procurador

Dado en traslado el negocio al Procurador Delegado de la Policía Nacional, anali-

za pormenorizadamente los cargos formulados en la demanda y concluye "que no hay lugar a invalidar la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior Militar el 18 de diciembre de 1972, que impugnó mediante el recurso extraordinario de casación el condenado José Emilio Yama Cuastumal".

Se considera

Primer cargo

Ciertamente, como observa el Procurador, el demandante incurrió en una confusión al considerar que "la omisión de la lectura de aquellas piezas procesales con anterioridad a la iniciación del debate en las audiencias de los consejos de guerra ordinarios y verbales", pueda subsumirse en la causal de nulidad prevista en el ordinal 6º del artículo 441 del Código Penal Militar.

Y es que la nombrada causal "se refiere a la invalidez proveniente de la inobservancia a lo dispuesto en el artículo 559 del Código penal castrense, pero, en ningún caso, al desconocimiento de la ritualidad del juicio consistente, como ya se dijo, en la lectura del o los cuestionarios antes de que el Fiscal y la Defensa aleguen durante la Audiencia".

Según el citado artículo 559, el cuestionario se formulará así: "El acusado N.N. es responsable, sí o no, de los hechos (aquí se determina el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, especificando los elementos que lo constituyen, y las circunstancias en que se cometió sin darle denominación jurídica)?"

Ello significa que la pregunta que se hace a los vocales en los consejos de guerra debe comprender, en forma concisa, todos los presupuestos sustanciales de la infracción en su aspecto genérico o específico, lo mismo que las circunstancias integrantes y modificadoras de la responsabilidad y de la sanción.

Cuando el cuestionario se elabora sin sujeción a esos hechos fundamentales del debate, y los vocales, por dicha causa, no se pronuncian acerca de ellos, se pretermite un acto primordial del juzgamiento, como lo es el de consignar en el interrogatorio

todo lo atinente al cuerpo del delito, a la responsabilidad del autor o partícipe y a las modalidades que le dan a la infracción una gravedad o atenuación especial. Y en tan grave evento se viola el artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar y se incurre en la nulidad establecida en el ordinal 6º del artículo 441 ibídem.

Mas como el hecho aducido por el actor no constituye el motivo de nulidad previsto en el citado ordinal 6º, preciso es rechazar este cargo.

En lo que respecta a lo que subsidiariamente solicita el demandante, es decir, que se tenga en cuenta la nulidad supralegal que la omisión de la lectura de los cuestionarios con anterioridad a la intervención del Fiscal y del defensor "significa a la luz del complejo de garantías establecido en el artículo 26 de la Constitución Nacional", hay que observar, como lo hace el Procurador, que tal pretermisión constituiría la inobservancia de una de las formalidades propias del juicio determinante de menoscabo del derecho de defensa; puesto que si "los cuestionarios en los juicios que se tramitan por el procedimiento sui generis de los consejos de guerra verbales, equivalen al auto de proceder, porque es cuando por primera vez se le hace saber al reo el motivo concreto por el cual el Estado lo llama a rendir cuentas y a calificar definitivamente su responsabilidad judicial, el desconocimiento de ese motivo priva, sin llevar a dudas, al inculpado de la oportunidad de defenderse".

Pero en el caso sub judice no ha ocurrido el quebranto o menoscabo del derecho de defensa aducido por el actor como causal de nulidad supralegal.

En efecto, según el acta del consejo de guerra, el Fiscal "pasa a manifestar que corresponde en este consejo de guerra determinar la responsabilidad por el delito de lesiones personales en la persona del menor Luis Adrada Daza contra el Cabo 2º de la Policía Nacional José Emilio Yama Cuastumal..." "Dice la Fiscalía que sobre el dictamen médico-legal no cabe ni en la inteligencia más mediocre que el arma con que se produjo la lesión haya sido una espina de rosa, un simple alambre, o en la caída se haya causado una herida de ocho centímetros de longitud; por lo cual tene-

mos que concluir que fue el Cabo 2º José Emilio Yama Cuastumal, con el machete... Por último el señor Fiscal dio lectura a los artículos 202 y 204 del Código de Justicia Penal Militar para concluir sobre la responsabilidad y la pena que establece el citado Código con respecto a las lesiones personales que en este recinto se están juzgando en este momento..."

El defensor, por su parte, conforme a la misma acta, arguyó:

"...y concluye la defensa que si el suboficial hubiera sido quien le causó la lesión al menor, que como es lógico iba corriendo y el Cabo Yama detrás de él, luego la lesión al menor hubiera sido en la parte de atrás del cuerpo y no en la cara; insiste la defensa en que no se practicó la inspección judicial para establecer con qué objeto se pudo lesionar el menor... y se refirió de manera especial al numeral 4º para concluir que no se han esclarecido las circunstancias de tiempo, modo y lugar como fue herido el menor..."

Hay que destacar asimismo que en la referida acta se consigna que, una vez concluidas las intervenciones del Ministerio Público y de la defensa, "la presidencia ordenó despejar el recinto, para que los señores vocales se constituyan en sesión secreta y permanente para que den respuesta al cuestionario sometido a su consideración" (Fol. 122).

De suerte que es inobietable la conclusión del Procurador cuando asevera que tanto el representante del Ministerio Público como el defensor y el inculcado tenían pleno conocimiento de que el Consejo fue convocado para juzgar a este último por el delito de lesiones personales perpetrado en las circunstancias de tiempo, modo y lugar consignadas en el cuestionario y, por el consiguiente, no se violó en modo alguno el derecho de defensa del procesado Yama Cuastumal.

De donde se colige que el cargo planteado subsidiariamente también debe desecharse.

Segundo cargo

Relativamente a esta impugnación la Corte hace suyas las consideraciones del Agente del Ministerio Público:

"Es entendido, por sabido, que las audiencias de los consejos de guerra, ya sean ordinarios, ya verbales, constituyen un solo acto procesal que comienza con la instalación y culmina con la lectura de la sentencia. Al respecto existe muy abundante jurisprudencia producida al dirimir colisiones de competencia surgidas entre la justicia ordinaria y la castrense para el conocimiento de procesos por delitos comunes atribuidos a la justicia penal militar por aplicación del artículo 121 de la Constitución. Esto ocurrió cuando al levantarse el estado de sitio y restablecerse la vigencia de las normas de competencia suspendidas durante el estado de legalidad marcial, fueron reclamados los procesos por la jurisdicción ordinaria. Como en algunos de ellos los consejos de guerra estaban en receso a la espera de la lectura o de la confección de las sentencias correspondientes, sostuvo la honorable Corte que hasta tanto no culminaran tales consejos con la notificación de las sentencias de primera instancia no podían conocer los jueces de la justicia ordinaria. Producidas y notificadas esas providencias, su consulta o el trámite de su apelación sí era de competencia de los tribunales ordinarios.

"En el caso concreto que nos ocupa precisamente se dio cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 581 y 582 de la ley Penal Militar, pues el consejo que había entrado en receso como claramente se lee al folio 6º del Acta —122 del expediente—, una vez comunicado al personal integrante el resultado del escrutinio de los votos del jurado, se reanudó para la lectura y notificación de la sentencia. Finalmente, se firmó el Acta por todos y cada uno de los que intervinieron en la Audiencia..."

"Por consiguiente, no puede desconocerse que la crítica formulada por la demanda es injustificada, porque está demostrado que en este caso al leerse y notificarse la sentencia dentro de la audiencia del consejo de guerra no se hizo cosa distinta que cumplir con el procedimiento establecido para esa clase de juzgamientos, especialmente a lo dispuesto en el artículo 582 del Código Penal Militar".

Cumple agregar, en corroboración de lo que expone el Ministerio Público, lo susten-

tado por esta Sala de Casación Penal, en auto de 28 de marzo de 1969, entre otros:

“Ejemplo típico de la actuación compleja es la audiencia pública, suma específica de actos procesales ‘que pierden su importancia aislada de declaración, peritazgo, para servir en cambio de elementos de definición para casos preestablecidos. Se unen para llevar a una definición que si no es la inmodificable aunque corresponde al final del proceso, es la aún parcial pero importantísima, consistente en que el juez de derecho o los de hecho, sobre la base de los actos procesales cumplidos en ese instante (careos, declaraciones, peritazgos, discursos o alegatos) pueda decidir en primera instancia’.

“Y una audiencia pública —precisa repetir— es el consejo de guerra verbal desde el instante mismo de su instalación; luego se debe considerar como una actuación de ‘límites precisos y especificados’ en la ley procedimental castrense”.

Fluye de lo expuesto obviamente que este último cargo tampoco puede prosperar.

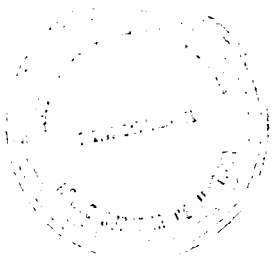
En consecuencia, ha de procederse conforme a lo ordenado en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo anterior, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 18 de diciembre de 1972 proferida por el Tribunal Superior Militar en este juicio.

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

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.



HURTO — ROBO

Intereses tutelados.

En el hurto y en robo se tutela la posesión —entendida como poder de custodia y de disposición material— que se tenga sobre los bienes muebles. — De ahí que tanto en el hurto como en el robo, resultan consumados en el momento mismo en que la víctima es desposeída de la cosa objeto de la infracción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., octubre diecisiete (17) de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Fernando Rodríguez Vargas contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de dieciséis de agosto de mil novecientos setenta y dos por la cual, al confirmar la de primera instancia del Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de esta misma ciudad, les impuso al recurrente y a Luis Guillermo Guáqueta Manrique la pena principal de cuarenta y cuatro meses de presidio, como responsables del delito de robo de que fue víctima Juan de Jesús Hoyos.

Hechos y trámite del proceso

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal dice a este respecto:

“El 12 de agosto de 1969, en las horas de la noche, Juan de Jesús Hoyos manejaba un taxi en esta ciudad, recogió unos pasajeros en la calle 22 con carrera 7ª, quienes pidieron al conductor llevarlos hacia el norte de la ciudad y al apearse en la calle 54 con carrera 8ª fue amenazado con armas

y despojado del vehículo y de objetos que llevaba consigo.

“Adelantada la investigación penal se calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio, por el delito de robo, respecto de Luis Guillermo Guáqueta y Fernando Rodríguez y sobreseimiento definitivo para las demás personas que fueron vinculadas al proceso.

“La audiencia pública se celebró con la intervención de los acusados y sus defensores y agotado el plenario se dictó la sentencia condenatoria de primer grado, por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá, el 16 de mayo de 1972, fallo confirmado en todas sus partes por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en la providencia objeto del recurso extraordinario”.

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Invoca el actor las causales cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, así:

a) Causal cuarta

“Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”.

Hace los siguientes cargos:

1º Incompetencia del juez

Expresa el demandante que, por yerro en la estimación de la cuantía del ilícito,

se incurrió en el evento de nulidad de que trata el ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, pues no ha debido tomarse en cuenta en el avalúo cumplido por los peritos el automotor que conducía Juan de Jesús Hoyos, pues luego de que los acusados se apoderaron de él, lo abandonaron más adelante de donde ocurrió la infracción.

2º Violación del derecho de defensa

Dice el actor que se desconoció el derecho de defensa que consagra el artículo 26 de la Carta y que, en consecuencia, se tiene nulidad de orden suprallegal que obliga a reponer lo actuado en el juicio.

Alude a que a su mandante no se le dio una asistencia jurídica adecuada, por cuanto que a su personero no le fueron notificadas algunas providencias, como la que declaró cerrada la investigación y aquellas por las cuales se abrió el juicio a pruebas, como tampoco se notificó a Rodríguez Vargas el auto que señaló fecha para la audiencia; ni el defensor intervino en la práctica de las pruebas en la etapa de la causa.

b) Causal primera

“Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea”.

Anota que, según se desprende de lo expuesto “en el folio 2 del expediente, cuaderno número 1, no existió empleo alguno de armas para cometer el delito de robo denunciado, y entonces existió violación de la ley sustantiva al aplicar en forma errada el ordinal 1º del artículo 404 del Código Penal, en concordancia con el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943”, pues, agrega, “la única violencia que se ejerció contra el denunciante fue el ‘ademán’ de uno de los sindicatos de tener arma, cuando ‘se metió la mano al bolsillo’”.

Pide el Ministerio Público que se deseche el recurso de casación, pues ninguna de las causales propuestas prospera.

Observa el Procurador Segundo Delegado en lo Penal lo que pasa a transcribirse:

a) En cuanto a la causal cuarta

“En primer lugar, el señor Juan de Jesús Hoyos no solamente fue despojado de sus pertenencias, sino del vehículo que conducía, el cual fue hallado en la calle 11 Sur, con carrera 7ª B, de esta ciudad. . . En segundo lugar, con fundamento en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, no es necesario notificar personalmente al apoderado del acusado los autos de clausura de la investigación y de apertura a pruebas del plenario. En tercer lugar, el artículo 500 del estatuto mencionado, autoriza al juez de la causa para ordenar las pruebas que estime necesarias durante la tramitación del juicio propiamente dicho, que fue lo acaecido en este asunto. Y, en cuarto lugar, el acusado recurrente en casación y su apoderado comparecieron a la audiencia pública y este último presentó el alegato que corre a los folios 40 a 47 del cuaderno segundo. En definitiva, el derecho de defensa que asistía a Rodríguez Vargas se garantizó plenamente. . .”

b) Respecto de la causal primera

“Es evidente la ausencia de técnica de casación, porque de la transcripción del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal se infiere que la acusación se orienta por la violación directa de la ley penal sustantiva, pero, en desarrollo de la impugnación, se comentan las pruebas, lo cual da a entender que se trata de la infracción indirecta de la norma penal sustantiva, planteamiento éste contradictorio, el cual impide su estudio por parte del Ministerio Público y la Corte Suprema de Justicia”.

Considera la Corte

Corresponde atender la petición que hace el Ministerio Público, pues ninguno de los cargos hechos contra el fallo recurrido resulta probado.

En efecto:

II

Causal Cuarta

a) Incompetencia del juez

Ningún yerro se cometió al tomar en cuenta el automotor de que fue desposeído Juan de Jesús Hoyos, porque también respecto de este vehículo resultó cometido el delito de robo de que da cuenta el proceso.

Sabido es que mediante la incriminación del hurto y del robo se tutela la posesión —entendida como poder de custodia y de disposición material— que se tenga sobre los bienes muebles. De ahí que tanto el hurto como el robo (recuérdese que técnicamente el delito de robo es un hurto agravado por la violencia puesta en juego para cumplir el apoderamiento de los bienes muebles ajenos) resultan consumados en el momento mismo en que la víctima es desposeída de la cosa objeto de la infracción. Y el denunciante Hoyos tanto fue desposeído del dinero y otros objetos de uso personal que portaba, como del automotor de servicio público en referencia.

La tacha señalada por el actor no tiene, pues, comprobación alguna.

b) Violación del derecho de defensa

No solamente por las observaciones que en relación con este segundo cargo hace el Procurador Segundo Delegado en lo Penal cabe rechazar la tacha que aduce el demandante, sino también por el hecho manifiesto de que el defensor del recurrente, en las instancias, intervino con su asistencia jurídica en favor de Rodríguez Vargas, como que no solamente alegó durante la audiencia pública, sino también para sustentar el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primer grado.

No le fue denegado, pues, al recurrente el derecho de defensa y, por tanto, este cargo no tiene demostración.

III

Causal primera

Es evidente la falta de técnica del actor al proponer este motivo de casación, pues ni siquiera precisa si se trata de una infracción directa de la ley penal o si, por errada apreciación de los elementos de juicio, se llegó en la sentencia acusada a esa violación.

El actor, conforme a lo que se dejó transcrito de su demanda en este particular, apenas anota que no ha debido tomarse en cuenta, para fijar la sanción, el ordinal 1º del artículo 404 del Código Penal, sin determinar el cargo y mucho menos sin hacer la demostración del mismo.

Comparte, en consecuencia, la Corte el criterio del Ministerio Público, quien anota que este cargo debe desecharse.

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 Procurador Segundo Delegado en lo Penal, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

CONFLICTO DE COMPETENCIAS

Los falla la Corte con invocación de motivos propios. — En consecuencia, cuando el Tribunal Superior, en uso de la competencia que le fue reconocida por la Corte, dentro de las circunstancias procesales y por los motivos que originaron el conflicto, declaró nulo lo actuado por la justicia castrense, “a partir del folio 75 del expediente, en adelante” incurrió en incompetencia de jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintidós de octubre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Jesús María Rodríguez Roa contra la sentencia del Tribunal Superior de Armenia que lo condenó a la pena principal de quince años y seis meses de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable de homicidio agravado en la persona de José Alcides Molina, hecho ocurrido el 18 de septiembre de 1966, en la forma que se dice a continuación:

En las horas de la noche, varios Agentes de la Policía, entre ellos Muñoz Sánchez, Rodríguez Roa y Soto Cruz visitaron varios establecimientos de cantina, en la ciudad de Armenia, y aproximadamente a la una de la mañana, en avanzado estado de embriaguez, salieron del bar “El Guadualito”, y a pocos pasos se encontraron con José Alcides Molina Alarcón, de quien tuvieron noticia porque el Agente Rodríguez Roa le pidió que se identificara y lo sometió a requisa.

Como le halló un cuchillo, Rodríguez Roa las tomó con él y luego de ofenderlo de obra y de palabra le propinó varias puñaladas y le ocasionó la muerte.

Actuación procesal

Inicialmente adelantó las averiguaciones la Inspección de Policía de Armenia. Las continuó el Juzgado Primero Superior, y el diecisiete de septiembre de mil novecientos sesenta y seis declaró cerrada la investigación. En esta oportunidad el Comando de la Policía del Quindío solicitó el negocio, por competencia. No aceptó sus razones el Juzgado Primero Superior. El conflicto lo decidió la Corte y adscribió el conocimiento a la justicia castrense.

Consecuente con lo anterior, el Comando de la Policía del Quindío convocó a consejo verbal de guerra para juzgar al inculcado. El veredicto fue absolutorio. Nuevamente se convocó a consejo verbal de guerra y por segunda vez los vocales pronunciaron veredicto absolviendo al procesado.

Se dictó sentencia de primera instancia en consonancia con el veredicto el 20 de septiembre de 1967 y se consultó con el Superior, en vigencia del Decreto 1752 de 1965.

Este oyó al Ministerio Público y decidió que no era competente para absolver la consulta, porque había cesado el estado de sitio. Envió el negocio al Tribunal Superior de Armenia y le advirtió que le proponía conflicto de competencias si no aceptaba continuar el procedimiento.

Llegado el negocio a la Corte este segundo incidente se dirimió señalando a la justicia ordinaria como competente para continuar el trámite.

La demanda de casación

Al amparo de la causal cuarta de casación, con invocación del artículo 26 de la Constitución Política y 210, ordinal 1º del Código de Procedimiento Penal, se formula un solo cargo a la sentencia del Tribunal de Armenia.

Se fundamenta así:

"Habiendo dado la honorable Corte Suprema de Justicia la competencia a la justicia penal militar para conocer del proceso cuando planteó la colisión el señor Comandante del Departamento de Policía del Quindío, como juez militar de primera instancia, no podía el honorable Tribunal Superior de Armenia declarar nulo lo actuado por la justicia penal militar.

"Al así hacerlo, por medio del auto del treinta (30) de abril de mil novecientos setenta y uno (1971), violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, e incurrió en la primera de las causales de nulidad en los procesos penales, de que trata el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal actual, que también contemplaba el anterior en el artículo 198.

"Alego, por consiguiente, la violación de esas dos (2) normas de nuestro derecho positivo: El artículo 26 de la Constitución Nacional, y su desarrollo: el 210 del Código de Procedimiento Penal.

"La honorable Corte, en casación del 27 de febrero de 1970, dijo:

"El artículo 26 de la Constitución Nacional consagra un complejo doctrinario integrado por distintas previsiones que no siempre tuvieron igual desenvolvimiento histórico, si bien se tratan ahora en estrecha unión para instituir las llamadas garantías procesales, que, completadas con las garantías penales del artículo 28, preservan situaciones absolutamente necesarias para la seguridad de la persona humana'."

"Agrega que 'es preciso distinguir los derechos amparados en la norma, a fin de saber exactamente las limitaciones del poder político y la forma como los ciudadanos deben defenderse de los excesos y de las omisiones de la rama judicial'."

"Enumera luego las cuatro garantías que determina el citado artículo, es a saber: a) Preexistencia de la ley que gobierna el juz-

gamiento; b) Legalidad de la jurisdicción; c) Observancia plena de las formas del juicio, y, d) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado.

"Aquí, como lo he venido sosteniendo, estamos ante una ilegalidad de la jurisdicción: La honorable Corte dio la jurisdicción al desatar una colisión de competencias, al juez militar y el Tribunal Superior de Armenia, posteriormente, anuló la actuación de la justicia penal militar, alegando que 'no tenía competencia' cuando la verdad es que sí la tenía por decisión de la honorable Corte.

"Es tan importante este principio que el legislador al desarrollarlo en el Código de Procedimiento Penal lo instituyó como la primera de las causales de nulidad en todos los juicios: Artículo 210 ordinal 1º.

"De todo ello resulta que se violó el artículo 26 de la Constitución por cuanto una de las normas esenciales del juicio, cuya pretermisión quebranta derechos fundamentales de la persona humana es que el juez tenga jurisdicción".

Respuesta del Ministerio Público

Considera necesario recordar que "...mediante el Decreto 1814 de 1953 la Policía Nacional fue incorporada a las Fuerzas Militares (Arts. 2º y 3º) pero el Decreto 1705 de julio de 1960 la excluyó y determinó que se trataba de una institución de carácter civil. Posteriormente el artículo 1º del Decreto 1752 de 1965 estableció que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 1705 de 1960, la justicia penal militar continuaría con la competencia para conocer de los delitos cometidos por miembros de la Policía Nacional 'con arreglo al Código de Justicia Penal Militar'.

"Finalmente, el Estatuto Orgánico de la Policía Nacional (Decreto 1667 de 1966) estableció en su artículo primero que se trataba de un cuerpo armado, 'eminenteemente técnico, de personal ierarquizado que hace parte de la Fuerza Pública con régimen y disciplina especiales, bajo la inmediata dirección y mando del Ministerio de Defensa Nacional y tiene por objeto la función de prevenir la perturbación del orden y de tutelar los derechos ciudadanos'.

“Y en su artículo 11 preceptuó: ‘El personal de la Policía Nacional que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo cometa un delito, será juzgado de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar y de las disposiciones que lo modifique o adiciones (sic)’.”

“El artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, en su numeral segundo, establece que la jurisdicción penal militar conoce ‘De los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior’.

“En el caso examinado se trata de un delito cometido no por razón del servicio ni con ocasión del mismo, ni en el ejercicio de funciones inherentes al cargo y, por tanto, la competencia radica en la justicia ordinaria pues el artículo 308 citado no le es aplicable ya que se refiere exclusivamente a “militares”, ni el 11 del Decreto 1667 de 1966, vigente por la época de los hechos, por cuanto no se dan los postulados allí establecidos.

“Tercera. La honorable Corte Suprema de Justicia en diversas oportunidades ha desarrollado los conceptos anteriores. En providencia del 4 de junio de 1971, expresó:

“De conformidad con el Decreto legislativo número 1667 del 30 de junio de 1966, orgánico de la Policía Nacional, adoptado como ley por la 48 de 1967... los miembros de aquella institución tienen fuero para el juzgamiento por la justicia penal militar únicamente en caso de delitos propios u oficiales, vale decir, de ilícitos cometidos por causa o con ocasión de las funciones inherentes al cargo al tenor del artículo 11 del referido estatuto...”

“Más adelante hace cita de lo resuelto por la Corporación en auto del 23 de marzo del mismo año, en los siguientes términos:

“Los ilícitos previstos en leyes penales comunes cometidos por miembros de la Policía Nacional son juzgables en todo tiempo, por la jurisdicción ordinaria, pues según el artículo 11 del Decreto 1667 de 1966, adoptado como ley por la 48 del 5 de diciembre de 1967, el personal de aquel cuer-

po armado sólo queda sometido a la justicia penal militar cuando delinca con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo. (Subraya la Procuraduría)”.

“Los hechos a que se refiere este proceso tuvieron ocurrencia el 19 de septiembre de 1966, es decir, dentro de la vigencia del Decreto 1667.

“En consecuencia, si la competencia para el juzgamiento del delito cometido por Jesús María Rodríguez correspondía a la justicia ordinaria, como quedó claramente establecido, y fue ésta la que a la postre lo juzgó, no puede hablarse ni de violación de la Constitución Nacional en su artículo 26, ni del numeral primero del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

“Cuarta. En el proceso no se halló el cuadero correspondiente a la actuación de la honorable Corte Suprema de Justicia donde se definió la colisión de competencias a favor de la justicia penal militar, siendo imposible conocer las razones que presidieron tal pronunciamiento. En cambio sí aparece la definición en favor de la justicia ordinaria que el Tribunal Superior de Armenia no podía desconocer por ser el último pronunciamiento de nuestro más alto Tribunal de Justicia. Però, fundamentalmente, piensa este Despacho, el delito cometido por el Agente Rodríguez no tuvo relación con el servicio ni se realizó con ocasión del ejercicio de funciones inherentes al cargo, al contrario, se trató de un proceder arbitrario e inhumano que culminó con la muerte del ciudadano José Alcides Molina”.

Con fundamento en las anteriores consideraciones solicita el Procurador que se deseché el recurso de casación interpuesto por Jesús María Rodríguez Roa.

Consideraciones de la Corte

Anota el recurrente que la actuación de la Corte mediante la cual el veinte de enero de mil novecientos sesenta y siete dirimió el conflicto de competencias suscitado entre el Comando del Departamento de Policía del Quindío, radicado en Armenia, y el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, adscribiéndola al primero,

no aparece en autos, porque fue suprimida del expediente.

Por auto del tres de octubre presente, se ordenó agregar al informativo dicha providencia.

Dijo entonces la Corte:

"Como lo reconoce paladinamente el mismo Comando, se trata de un delito común, pues el hecho realizado por Rodríguez Roa no se originó "con ocasión, causa u oportunidad de las funciones inherentes al cargo oficial que desempeñaba".

"Así las cosas, los argumentos del juzgado serían plenamente valederos para el caso de que el ilícito se hubiera realizado en estado de normalidad, no así para el contemplado en el proceso, cometido bajo la vigencia del Decreto 1288 de 1965, puesto que, haciendo uso de las facultades que en estado de sitio adquiere el Presidente de la República, se expidió el Decreto 1752 de 1965 que atribuyó a la justicia castrense el conocimiento de todos los delitos que se cometan por la Policía Nacional, sin distinguir entre delitos militares y delitos comunes.

"En razón, pues, del tiempo de la comisión del ilícito imputado al miembro de la Policía Nacional, el conocimiento de este proceso corresponde a la Justicia Penal Militar".

Si tal fue lo resuelto por la Corte cuando el 20 de enero de 1967 dirimió el conflicto de competencias provocado por el Comando de Policía del Quindío, con sede en Armenia, al Juzgado Primero Superior de aquella localidad, reconociendo la competencia del primero, no cabe duda que lo hizo en ejercicio de la potestad de poner fin al diferendo entre los jueces, en forma inapelable y definitiva, mientras no cambien los hechos ni las circunstancias que lo motivaron.

Si las decisiones de la Corte como Tribunal de conflictos en los problemas de competencia que se suscitan entre los jueces de las instancias, son definitivas y conservan su unidad durante el proceso, el fallo es en esencia, uno solo, tanto si se pronuncia en esa oportunidad o en casación. En ambas hipótesis se decide, por trámites diferentes, a qué juez corresponde, en el caso concreto, la jurisdicción de la República. Por ello, si la competencia ha sido definida por la Corte en las instancias, no cabe reclamar su

intervención para resolver el punto en el recurso extraordinario de casación, cuestionándolo al amparo de la causal cuarta, o sea, haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad, si lo que se proclama es justamente la incompetencia del juez.

Equivocada o no, la decisión de la Corte legitima lo actuado en este proceso por la justicia castrense, hasta el nueve de diciembre de mil novecientos setenta cuando fue dirimido por ella un nuevo conflicto negativo de competencias suscitado por el Tribunal Superior Militar al Tribunal Superior de Armenia, que la Corte resolvió reconociendo la competencia del segundo, con fundamento en que el delito atribuido al procesado no era de responsabilidad y porque de los delitos comunes cometidos por los miembros de la Policía Nacional conoce, en todo tiempo, la justicia ordinaria, salvo lo que excepcionalmente disponga el Gobierno en las circunstancias especiales del estado de sitio.

Los conflictos de competencias fueron sometidos al fallo de la Corte con invocación de motivos propios, distintos en las dos ocasiones. Y se resolvieron por ella, igualmente, por razones diferentes, peculiares de cada oportunidad.

Acertadamente o no, también en el segundo incidente la Corte dirimió el conflicto en ejercicio de sus atribuciones legítimas.

En el primero de los casos, los dos consejos verbales de guerra convocados por el Comando de la Policía del Departamento del Quindío, para juzgar a Jesús María Rodríguez Roa se realizaron poniendo en acto la competencia reconocida por la Corte a la justicia castrense, por lo cual el Tribunal Superior de Armenia, en el suyo, la tenía para continuar el procedimiento idóneamente tramitado por aquella, pero carecía de aptitud procesal para anular sus actuaciones.

Meritoriamente no puede discutirse en casación lo actuado por los jueces de las instancias en quienes la Corte reconoció la competencia si en su ejercicio procedieron dentro del marco estricto de la ley y observaron las formas propias del juicio pertinente.

En consecuencia, cuando el Tribunal Superior de Armenia, en uso de la competencia que le fue reconocida por la

Corte, dentro de las circunstancias procesales y por los motivos que originaron el conflicto, declaró nulo lo actuado por la justicia castrense, "a partir del folio 75 del expediente en adelante", incurrió en incompetencia de jurisdicción, y el cargo formulado por el recurrente viene llamado a prosperar.

Corresponde a la Corte declarar en qué estado queda el proceso y lo cumple ordenando que se reponga el procedimiento a partir del auto constitutivo de la nulidad que al amparo de la causal cuarta de casación denuncia el recurrente.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia

recurrida y ordena reponer el procedimiento a partir del auto de treinta de abril de mil novecientos setenta y uno por medio del cual el Tribunal de Armenia declaró nulo lo actuado por la justicia castrense en este proceso, desde el folio 75 en adelante. En consecuencia, vuelvan las diligencias al Tribunal de origen para que proceda de conformidad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

TESTIMONIO

Al juez corresponde apreciar razonablemente la credibilidad de tal medio de prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinticinco de octubre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncillo Acosta).

Vistos

Agotado el trámite propio del asunto, se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Jorge Martínez Yenes y su defensor contra la sentencia de siete de septiembre de mil novecientos setenta y dos, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín lo condenó, entre otros, a la pena principal de seis (6) años de presidio, más las accesorias de rigor, como responsable del delito de robo agravado en perjuicio de los esposos Antonio Sierra Mazzorra y Elsy Coymat de Sierra.

Antecedentes

a) La sentencia acusada contiene el siguiente relato de los hechos debatidos en el juicio:

“Está plenamente comprobado en este proceso que el 17 de marzo de 1971, cuando varios miembros de la familia Sierra Coymat se disponían a comer a eso de las siete de la noche en su residencia ubicada en el número 42-27 de la calle 55 de la nomenclatura oficial de Medellín, sonó el timbre y de inmediato la doméstica Inés Fonnegra Sierra acudió a la puerta y abrió. Al abrir se encontró con cinco individuos armados con revólveres, pistolas y cuchillos que obligándola a guardar silencio penetraron al interior de la casa. Mientras esto sucedía salió del salón comedor doña Elsy

Coymat de Sierra y se halló frente a los cinco sujetos que también le ordenaron silencio. Don Antonio Sierra Mazzorra protestó pero luego de recibir algunos insultos fue también dominado. Estas tres personas, lo mismo que Patricia y Cecilia Sierra Coymat, René Coymat y la otra doméstica Luz Vanegas Vanegas, fueron puestas manos arriba contra la pared y luego conducidas a una alcoba del segundo piso de la edificación. Allí fueron amarradas y amordazadas menos doña Elsy. Sonó nuevamente el timbre y doña Elsy dijo que podía ser su hijo que regresaba de la Universidad, pero cuando abrió, custodiada por uno de los asaltantes, constató que no había nadie en la puerta. Entonces don Antonio Sierra hizo saber que varias personas estaban por llegar a su residencia. Poco después volvió a sonar el timbre y doña Elsy, siempre custodiada y amenazada por uno de los asaltantes, se asomó por el balcón y viendo que se trataba de Gabriel Jaime Montoya, un amigo de su hija Cecilia, por orden de su vigilante le manifestó, secamente, que en la casa no había nadie. Luego la amarraron y amordazaron. De nuevo sonó el timbre y en esa ocasión abrió uno de los ladrones y era Emiliano Sierra Coymat que regresaba de la Universidad. De inmediato lo hicieron entrar en la casa y lo obligaron a sentarse en una silla en donde luego de exigirle se mantuviera en silencio, quedó bajo vigilancia. Entre tanto, los demás asaltantes, dueños de la situación, habían volteado varios ‘closets’ y se habían apoderado de dos anillos de platino, rubí y zafiro, varios aretes, collares y gargantillas, once porcelanas, unos charoles de plata y una jarra, cinco relojes de pulsera, cuatro de ellos de oro, rancho y mil quinientos pesos

en efectivo así como otros objetos de menor valor. Todos los objetos fueron avaluados por peritos y por aproximación en la suma de \$ 308.500.00. (V. Elsy Coymat de Sierra, (Fls. 1-2); Antonio Sierra Mazzorra (Fl. 10); Emiliano Sierra Coymat (Fl. 14, v.); Luz Vanegas Vanegas (Fl. 53); Inés Fonnegra Sierra (Fl. 53 v.); Patricia Sierra Coymat (Fl. 142), y Cecilia Sierra Coymat (Fl. 155), así como el dictamen de Fl. 73)".

b) En providencia calendada el 20 de septiembre de 1971 el Juzgado Decimocuarto del Circuito Penal de Medellín llamó a responder en juicio criminal, sin intervención del jurado, como autores de los hechos referidos y calificados de robo agravado (artículo 404, ordinales 1º y 4º, del C. P.), a Néstor Trejos Marín (a. "Mono Trejos"), José de Jesús Arboleda Flórez y Jorge Martínez Yepes (a. "El Cejón"), conocido también como "Ovidio Cano Yepes o Yepes Cano". La citada providencia sobreseyó definitivamente en favor de Raúl Antonio Loaiza Loaiza y Amadeo Alberto Bravo Agudelo, sindicados del mismo delito, y ordenó compulsar copias de lo pertinente y enviarlas a las autoridades de policía para que se investigase la contravención prevista en el artículo 53 del Decreto 522 de 1971, en la cual hubiera podido incurrir el nombrado Bravo Agudelo y, finalmente, dispuso que con el cuaderno duplicado del informativo prosiguiera la investigación respecto de otras personas no identificadas y que pudiesen haber intervenido en la ejecución del robo a que se contrae el proceso. Los defensores de los procesados Arboleda Flórez y Martínez Yepes interpusieron el recurso de apelación contra el auto de proceder, recurso que, unido a la consulta del sobreseimiento definitivo, llevó el asunto al conocimiento del Tribunal Superior de Medellín.

c) En proveído del 5 de noviembre de 1971 el juzgador de segunda instancia confirmó el auto de proceder revisado por apelación; revocó el sobreseimiento definitivo dictado en favor de Raúl Antonio Loaiza y, en su lugar, lo llamó a responder en juicio por el delito de robo, cometido en "concurso de voluntades y de acciones con Néstor Trejos Marín, José de Jesús Arboleda Flórez, Jorge Martínez Yepes y otras dos personas aún no identificadas y en las circunstancias

de lugar, tiempo y modo expuestas en la parte motiva". Finalmente, confirmó el sobreseimiento definitivo proferido en favor de Amadeo Alberto Bravo Agudelo y ordenó compulsar copia de lo pertinente para que se investigaran por separado otras infracciones atribuibles a Trejos Marín, Antonio José González y Raúl Antonio Loaiza.

d) Cumplido el trámite propio de la causa, el juzgado del conocimiento puso término a la primera instancia del proceso mediante sentencia del 13 de julio de 1972 en la cual condenó a Néstor Trejos Marín a siete años y seis meses de presidio, como responsable de los delitos de robo y fuga de presos, delito éste por el cual se le había llamado a juicio en proceso separado, que luego se acumuló al presente; a José de Jesús Arboleda Flórez a cuatro años y ocho meses de la misma pena, y a Jorge Martínez Yepes y Raúl Antonio Loaiza a cuatro años de presidio, los tres últimos por el delito de robo que se les dedujo en el auto de proceder, sentencia que el Tribunal confirmó, con varias reformas, en la que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda

El actor, después de hacer breve referencia a los hechos debatidos en el juicio y de recordar los temas de orden probatorio que fueron objeto de controversia en el decurso de la causa, precisa la acusación así:

"Acuso, entonces, la sentencia recurrida en base a lo establecido en el numeral 1º del artículo 80 (sic) del Código de Procedimiento Penal, ya que se violó la ley sustantiva mediante la sentencia condenatoria que se dictó contra la expresa prohibición de lo establecido en el artículo 215 del Código Penal (sic) que exige la inseparable coniugación de dos presupuestos, cuales son la plena prueba de la infracción y la prueba plena de la responsabilidad del sindicado, prueba que se encontró, para efectos de condenar a Jorge Martínez Yepes, mediante un error de derecho que consistió en otorgar a unas pruebas el valor que no tenían, como en el caso de los reconocimientos, y en negar a otras el que sí tenían, como aconteció con las once deposiciones con las cuales se acreditó rotundamente la im-

sibilidad física para que el sindicato hubiese estado presente en el lugar de los hechos denunciados por la señora de Sierra”.

Prevía transcripción del artículo 236 del Código de Procedimiento Penal el demandante emprende, en desarrollo del cargo propuesto, un examen de los testimonios que, en su concepto, demuestran a plenitud que Jorge Martínez Yepes no pudo cometer el delito por el cual fue llamado a juicio y condenado, pues el día de autos se hallaba en la finca “La Esperanza”, en jurisdicción del Municipio de Campamento, Departamento de Antioquia. A lo cual añade:

“Los testigos presentados para acreditar la coartada llenan con creces las exigencias del artículo 236 del Código de Procedimiento Penal porque, aunque son gente humilde, trabajadores del campo, sin ilustración y sin capacidad económica, o tal vez precisamente por ello, son personas de una absoluta honorabilidad, respetuosas hasta el máximo del juramento empeñado y conscientes de su gravedad. Más fácilmente puede mentir bajo juramento un habitante de la ciudad, contaminado de la inmoralidad creciente y palpable en las propias expresiones de uso diario, en las películas pornográficas, en la literatura amarilla de cierta prensa sensacionalista y enseñados a ver como normal, por su diaria ocurrencia, el homicidio, el robo, el concubinato, y la violencia carnal, que esa gente que constituye la reserva de la patria porque está formada en un ambiente sano de respeto mutuo, a la propiedad ajena y a los mismos mandamientos de la Iglesia. Estas declaraciones merecen entera credibilidad y cuando empeñan su palabra bajo un juramento no pueden ser menospreciadas con el argumento simple esgrimido por el honorable Tribunal cuando dijo en el auto de proceder que no probaban en favor del acusado ‘puesto que el hecho de que los declarantes no hayan visto viajar al sindicado a esta ciudad de Medellín o que no hayan sabido de un viaje de esta índole, no significa que tal viaje no haya ocurrido máxime la facilidad de transporte entre Campamento y Medellín”.

Concluye el actor solicitando que se invalide la sentencia recurrida, petición que ratifica así:

“Para formular la solicitud anterior me fundamento en el título 4º, Libro III del Código de Procedimiento Penal, artículo 569, siguientes y concordantes; en los artículos 236, siguientes y concordantes del Código de Procedimiento, y en el artículo 215 del Código Penal (sic) que fue la norma sustantiva violada por el error de derecho puntualizado”.

Concepto del Ministerio Público

Sostiene el Procurador Primero Delegado en lo Penal que el razonamiento del demandante quedó trunco respecto del cargo, aducido al amparo de la causal primera, produciéndose así lo que esta Sala ha denominado, en casos similares, una proposición jurídica incompleta, tesis que al final de su alegato resume del siguiente modo:

“Concretando lo que se viene de exponer, al caso sub examine, se tiene que el señor demandante dejó inconclusa la acusación, pues que él sólo manifiesta que el fallo fue dictado ‘con flagrante violación de la ley sustantiva, en su artículo 215 del Código de las Penas (sic)’. Ciertamente es que el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, ya que no del Código de las Penas, como erradamente lo califica el actor, puede tenerse como ley sustancial penal, incrustada dentro de la normación adjetiva o procedimental. Pero al decir el demandante que ésta fue la única norma violada por la sentencia, con tal afirmación no cumple a cabalidad sus obligaciones, pues deber suyo era, para que la Corte pudiera entrar a analizar o estudiar el cargo, avanzar en el planteamiento para establecer la exacta y directa relación jurídica existente entre las normas adietivas quebrantadas y las pertinentes del Estatuto de los delitos y de las penas, sobre los que tendría que incidir el equívoco obrar del ad quem. Y tampoco, como ya se dijo, de cualquier manera, vale decir citando únicamente aquellas normas tipificantes de los delitos por los cuales fue condenado el recurrente, sino delimitando muy exactamente la órbita en que el error obligó al ad quem a lesionar la norma penal sustantiva, en una cualquiera, y sólo puede ser así, de las tres hipótesis a que ya se ha hecho relación en párrafos anteriores, es decir, por falta de aplicación, por

aplicación indebida o por interpretación errónea. Podría afirmarse que para el caso presente sobraba citar el artículo 215 como norma penal sustancial violada, pues tal como se ha dejado dicho, en la violación indirecta, tratándose del error de derecho, las quebrantadas, valga la repetición, son las normas adjetivas que disciplinan o gobiernan los elementos de certeza o medios probatorios, y que, como normas medio, llevan a causar lesión a la norma fin, que lo es la sustancial, dentro de la cual está subsumida la conducta ilegal imputada al procesado, que le ha generado responsabilidad”.

A la exposición del Colaborador pone término la solicitud de que se rechace la demanda y se ordene devolver el expediente al Tribunal de origen.

La Corte considera

1. Como se recordará, la esencia de la acusación consiste en que la sentencia impugnada le negó a determinados testimonios el valor que la ley les asigna, y les atribuyó a otros el que ésta no les concede, infringiéndose así el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, quebranto que, a su vez, produjo por vía indirecta la violación del artículo 215 de la misma obra, que el acusador califica de norma sustancial.

2. Preceptúa el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal que toda persona es hábil para rendir testimonio. Y agrega en su apartado primero: “Pero al juez le corresponde apreciar razonablemente 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 aquellas en que se rinda la declaración”.

Salvo la supresión de la referencia a la sanidad mental del testigo, el precepto reproduce el contenido y alcance del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal anterior, sobre el cual anotó esta Sala, al comentarlo en no pocas oportunidades, que en lo relativo al testimonio la Ley 94 de 1938 había cambiado totalmente el sistema hasta entonces imperante, pues del método tarifario de interpretación, caracterizado

por hierática estructura, se pasó al denominado legal-moral, en que el juez no está ya sometido al absurdo criterio de considerar que dos deponentes acordes en las circunstancias de tiempo, lugar y modo hacen plena prueba. En el sistema de la tarifa probatoria la labor del juez se circunscribía, respecto del testimonio, a contar los testigos, presupuestas determinadas circunstancias; en el de la persuasión racional, aquél realiza una función predominante autónoma, atemperada sólo por las reglas de la sana crítica, proceso dialéctico presidido y orientado por la lógica del raciocinio.

3. En consecuencia, si al juez corresponde apreciar razonablemente la credibilidad de tal medio de prueba, vale decir, si goza de prudente y necesario arbitrio al ejercer la facultad de evaluarla para formar su propia convicción: si, en otros términos, el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal sólo contiene pautas o directrices generales de interpretación y no una tabla de específicos valores, existe imposibilidad jurídica para fundar en ese precepto un error de derecho, que supone siempre el quebranto de una norma de disciplina probatoria.

4. Desapareciendo de la cadena argumental el eslabón intermedio, por carecer de realidad la afirmación de que se infringió un determinado precepto regulador de la prueba, la construcción acusatoria se desintegra, frustrándose toda posibilidad lógica de concluir que hubo violación indirecta de la ley sustancial, que en todo caso no estaría representada por la norma que el demandante señala en el libelo, sino por las que describen y sancionan el hecho criminal por el cual fue procesado y condenado el recurrente, ni siquiera mencionadas en la demanda.

5. No estando justificada la causal aducida, habrá de aplicarse el mandato contenido en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado y administrando justicia en nombre de la República y

por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

Nulidad del auto que admite la demanda de parte civil. — Sus consecuencias. Este vicio de nulidad no trasciende al resto de la actuación procesal, como claramente se infiere de una interpretación racional del artículo 133 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., dos de noviembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Vistos

Se halla acusada en casación la sentencia de 16 de marzo último, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta confirmó el fallo de primer grado que condenó a José Agustín Peña Durán (alias "Maracucho") a la pena principal de catorce (14) años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable de los delitos de homicidio en la persona de Hernando Osorio Sarmiento y de homicidio imperfecto en la de Jesús Antonio Acevedo Zapata.

Hechos y actuación procesal

Los expone así la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal:

"En las primeras horas de la tarde del día 5 de junio de 1971, en el barrio 'Los Comuneros' de la ciudad de Cúcuta, José Agustín Peña, armado de revólver, hizo varios disparos a Jesús Antonio Acevedo, sin lesionarlo. Posteriormente, con la misma arma, dio muerte a Hernando Osorio —hermano materno de José— y emprendió la fuga para presentarse a la autoridad diez meses después de ocurridos los hechos.

"El Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Norte de Santander inició la in-

vestigación, practicó algunas pruebas y devolvió la actuación a los jueces superiores, correspondiendo conocer al primero, despacho que ordenó la detención precautelar del inculpado y comisionó al mismo funcionario de instrucción para recibir las diligencias contenidas en auto del 25 de abril de 1972 (Fl. 71).

"Mediante auto del 2 de mayo, el juez comisionado admitió la demanda de parte civil presentada a nombre de la madre del occiso y reconoció al doctor Francisco de Fillipiz, como su representante legal (Fl. 84).

"A solicitud de la parte civil se decretó y recibió el testimonio de Julio César Gallardo, citado como presencial de los hechos (Fls. 106, 110 y 11).

"Clausurada la etapa instructiva, el Juzgado Primero Superior, por auto del siete de junio del año pasado, llamó a juicio, con intervención del jurado, a José Agustín Peña por los delitos de homicidio consumado en Hernando Osorio e imperfecto en Jesús Antonio Acevedo, decisión consentida por el defensor del procesado.

"En la etapa probatoria del juicio el representante de la parte civil solicitó y obtuvo del Juzgado Superior la recepción de cuatro testimonios y la práctica de inspección judicial y reconstrucción de los hechos (Fls. 187 a 191 del cuaderno principal y 1 a 10 del C. de la parte civil).

"Afirmada por el jurado la responsabilidad del acusado, el juzgado del conocimiento en sentencia del 26 de enero en curso lo condenó a la pena principal de 14 años de presidio, fallo que fue apelado por el pro-

cesado y su defensor y fue confirmado por el Tribunal Superior de Cúcuta mediante el que es objeto del presente recurso.

“Con ocasión de la apelación de la sentencia de primera instancia, el Fiscal Tercero del Tribunal Superior solicitó la nulidad de lo actuado a partir del auto que admitió la demanda de parte civil (2 de mayo de 1972), por incompetencia del juez que lo dictó, petición que fue negada por el ad quem en la sentencia impugnada”.

Contra la decisión del Tribunal el apoderado especialmente designado por el condenado interpuso recurso de casación el cual fue admitido por la honorable Corte Suprema de Justicia.

“La demanda presentada a su nombre fue declarada ajustada a las exigencias legales —por el aspecto puramente formal— y de ella se dio traslado” a la Procuraduría Delegada.

La demanda de casación

El Colaborador Fiscal de la Corte sintetiza la demanda de casación en los siguientes términos:

“Al amparo de la causal cuarta de casación se acusa la sentencia de haber sido dictada en juicio viciado de nulidad por quebranto del artículo 26 de la Constitución Nacional.

“Concretamente, el demandante, formula como cargo único la inobservancia de las formas propias del juicio pues, en su opinión, la providencia que admitió la constitución de parte civil y reconoció personería al apoderado fue dictada por juez incompetente con lo que se permitió la intervención de un ‘extraño’ en el proceso ‘con una eficacia tal, que sin su intromisión podría afirmarse que Peña Durán hubiera sido absuelto’.

“En apoyo de la censura, transcribió el recurrente apartes de la providencia de la honorable Corte Suprema de Justicia en el caso del Juez 19 Civil del Circuito de Bogotá, doctor Carlos Reyes Rodríguez (auto del 2 de febrero de 1973), conforme a la cual la competencia del funcionario comisionado se restringe a la práctica de las diligencias instructivas ordenadas por el comitente y toda actuación que rebasa este límite queda viciada de nulidad por ‘incom-

petencia del juez’, como resulta de lo previsto en los artículos 49 y 210 del Código de Procedimiento Penal y 34 del Código Judicial. Citó también los antecedentes de esta doctrina ampliamente ratificada por la Corte.

“Agregó que los testigos que declararon en la etapa probatoria del juicio hicieron su aparición en el proceso de manera ‘sorpresiva’ y dos de ellos fueron ‘contratados’ desde Rubio (Venezuela).

“Se ocupó luego de criticar la forma como fueron interrogados los deponentes para afirmar que se violaron los artículos 252 y 215 del Estatuto procesal penal, pues la condena de su representado se sustentó en pruebas ilegalmente producidas.

“Acepta que el ataque al caudal probatorio es improcedente en los juicios con intervención del jurado y explica que hizo referencia a varias pruebas para demostrar el desconocimiento de la plenitud de las formas propias del juicio.

“Concluye la impugnación solicitando que ‘se case’ la sentencia acusada, se declare la nulidad del proceso a partir, inclusive, del auto de proceder, o en subsidio, se invalide lo actuado desde el auto que abrió a pruebas el juicio”.

Concepto del Procurador

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita desechar el recurso de casación interpuesto, “con fundamento en estas razones:

“Primera. Es evidente que el Juez Cuarto de Instrucción Criminal, en su carácter de simple comisionado, admitió la demanda de parte civil —acto reservado por la ley al juez del conocimiento— y, por tanto, bien puede sostenerse que ese reconocimiento es inválido por incompetencia de jurisdicción, pero la actuación restante cumplida en desarrollo de la acción civil dentro del proceso penal no queda afectada de invalidez, por mandato del artículo 133 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

“‘La decisión del superior que resuelva una apelación contra el auto que admitió o rechazó la demanda, no anula lo actuado ni retrotrae el procedimiento en ningún caso’.

“Además las pruebas allegadas en el juicio fueron ordenadas y practicadas por el juez competente (Fl. 189).

“Segunda. La nulidad alegada como motivo de casación fue ampliamente debatida en el plenario por el mismo recurrente en su condición de vocero y por el defensor del procesado, como resulta de la simple lectura del acta de la audiencia.

“El jurado de conciencia fue suficientemente ilustrado y advertido de la invalidez y falta de credibilidad de los testimonios aportados por la parte civil toda vez que la defensa se ocupó en desvirtuar sus apreciaciones. A pesar de ello, el tribunal popular afirmó categóricamente la responsabilidad del sindicado.

“También el Fiscal Tercero del Tribunal Superior propuso el mismo motivo de nulidad del cual se ocupó esa Corporación para negarlo con argumentos que comparte íntegramente este Despacho.

“Tercera. Invoca el actor como nulidad de rango constitucional la inobservancia de las formas propias del juicio e insinúa como tal, el desconocimiento del derecho de defensa del procesado pero no expone el concepto de violación ni fija el alcance del quebranto para que a través del recurso de casación se hagan los reconocimientos pertinentes.

“Sin embargo, cabe advertir que el acusado gozó de una defensa técnica y formal que se interesó en justificar su conducta y en subsidio, atenuar los rigores de la imputación”.

Se considera

Ciertamente que el auto de 2 de mayo de 1972 (Fl. 84), dictado por el Juez Cuarto de Instrucción Criminal y que admitió la demanda de parte civil en el presente proceso, es nulo, pues el dicho funcionario, siendo un comisionado debió limitar su actuación a la práctica de las diligencias ordenadas en el auto comisorio (folio 71), de acuerdo con el artículo 55, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal y el 34 del Código de Procedimiento Civil, que cominan con nulidad todo lo que haga el comisionado fuera de los límites del encargo.

“Ciertamente es que la demanda de constitución de parte civil se puede presentar en

cualquier estado del proceso antes de que éste haya entrado al despacho del juez o magistrado para sentencia de segunda instancia (Art. 126 del C. de P. P.) ... Mas ello no quiere decir que la petición deba ser resuelta necesariamente por el funcionario que a cualquier título tenga el negocio al tiempo de la presentación del libelo, verbi-gracia, el comisionado para diligencias, por cuanto se trata de una decisión jurisdiccional trascendente, que únicamente puede ser adoptada por quien tenga competencia legal, por quien ‘conoce del proceso’, como dice el artículo 130 del Estatuto procesal, circunstancia que no concurre en el funcionario delegado para realizar nuevas diligencias. Si quien recibe el escrito de demanda no es, por ley, el funcionario de instrucción o el juez del conocimiento, sino un juez comisionado para el aporte de pruebas, como aquí sucedió, se debe dar cuenta al comitente para que se pronuncie por quien tenga aptitud...

“A mayor abundamiento, importa observar que los jueces de instrucción criminal, al igual que los demás funcionarios de instrucción que enumera el artículo 48 del Código de Procedimiento Penal, tienen competencia propia u originaria, no derivada o delegada, para ‘iniciar y proseguir la instrucción’ de determinados procesos penales (Arts. 55 y 56, ibídem). En tal virtud pueden y deben practicar pruebas y dictar las resoluciones propias del sumario, tales como las que vinculan a una persona al proceso como sindicado, resuelven la situación jurídica del sindicado, deciden sobre la demanda de constitución de parte civil, conceden o niegan la libertad provisional, etc. Pero esa competencia amplia para la formación del sumario se restringe cuando se obra por comisión, ya que ésta no puede comprender materia distinta de la práctica de diligencias (Art. 49 del C. de P. P.); y toda actuación del comisionado, por fuera de los límites del encargo, queda viciada de nulidad, por ‘incompetencia del juez’, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 34 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso penal, y 210 del Código de Procedimiento Penal” (C. S. J., auto de la Sala Penal de 2 de febrero de 1973).

De suerte que es innegable que el auto de 2 de mayo de 1972 que admitió la de-

manda de parte civil es nulo. Mas este vicio de nulidad no trasciende al resto de la actuación procesal, como claramente se infiere de una interpretación racional del artículo 133 del Código de Procedimiento Penal. Tanto es así que el auto de esta Sala, de 2 de febrero de 1973, que invoca en su apoyo el demandante y cuyos apartes pertinentes se han transcrito, decretó la nulidad sólo de la providencia que admitió la demanda de parte civil, sin que tal declaración comprometiera la validez de la actuación ulterior.

Por otra parte, la nulidad por incompetencia del juez sólo puede aducirse al través del recurso de casación cuando se refiere a la actuación del juez del conocimiento, del que tiene competencia para conocer de la relación jurídico-penal que nace del delito; mas no puede alegarse en tal recurso la relativa a la actuación del juez comisionado que solamente afectaría o comprometería actos o diligencias particulares y aislables del proceso.

Por lo demás, las pruebas aportadas al juicio fueron decretadas y practicadas por el juez del conocimiento (Fl. 189).

En lo que respecta a la nulidad supralegal que hace consistir el actor en inobservancia de las formas propias del juicio proveniente del desconocimiento del derecho de defensa, cumple consignar que el demandante no puntualiza el concepto de la vio-

lación, ni fija el alcance de la misma para que al través del recurso de casación sea dable hacer los reconocimientos pertinentes.

Corresponde observar, finalmente, como apunta el Procurador, que el acusado gozó de una defensa técnica y formal que hizo esfuerzos en justificar su conducta y, en subsidio, atenuar los rigores de la imputación.

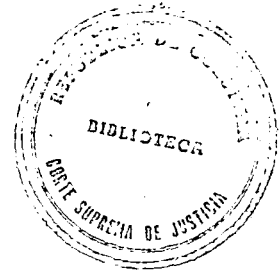
Fluye de lo expuesto que el cargo debe desecharse.

En mérito de lo anterior, la Corte Suprema, Sala Penal, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 16 de marzo último proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Insértese en la Gaceta Judicial.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.



TECNICA DE CASACION

Causal 1ª — Se debe señalar el concepto de la violación, o sea si la sentencia viola la ley sustancial por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, o si, en cambio, la infringe por error de derecho en la apreciación de las pruebas o por error de hecho que aparezca manifiesto en los autos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, dos de noviembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos

El procesado Antonio Ballesteros Aristizábal interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de tres de febrero último, mediante la cual el Tribunal Superior de Buga reformó la de primera instancia y lo condenó a la pena principal de dieciséis años y seis meses de presidio como responsable de homicidio agravado en la persona de Carlos Arturo Angel Cardona.

Tramitado el recurso, legalmente, se procede al estudio de la demanda que, en su hora, la Sala declaró ajustada en su forma a los requisitos procedimentales.

Hechos y actuación procesal

“David Antonio Ballesteros, administrador de la cantina “Copas y Tangos” de la población de Sevilla, resolvió la noche del 8 de diciembre de 1971, contra su costumbre, cerrar el establecimiento a su cargo desde tempranas horas con el pretexto de asear el local. Entre las ocho y nueve de aquella noche fue allí ultimado de catorce cuchilladas el dueño de la cantina, señor Carlos Arturo Angel Cardona, quien había llegado con ánimo de culminar una negociación de venta del establecimiento a su administrador. Oyeron algunos vecinos lamentaciones dentro de la cantina y minu-

tos más tarde vieron salir apresuradamente a Marco Tulio Sánchez González, cuchillo en mano, para luego hacerlo Ballesteros Aristizábal a fin de dar a los curiosos la infausta nueva. La investigación vinculó, en virtud de varios hechos indicadores, al administrador como copartícipe de la acción criminal.

“Culminó la etapa instructiva con la providencia de junio 5 de 1972 por la cual el Juzgado Primero Superior de Tuluá abrió causa criminal contra David Antonio Ballesteros y Marco Tulio Sánchez González, en calidad de coautores del mencionado homicidio agravado.

“El jurado de conciencia convocado en esta causa contestó a los cuestionarios propuestos afirmativamente para ambos acusados, y en concreto, en relación con el recurrente expresó: “David Antonio Ballesteros Aristizábal es responsable de la coparticipación criminal en la muerte de Carlos Arturo Angel Cardona”. Mediante sentencia de noviembre 9 de ese año se aceptó el veredicto y en armonía con él se condenó a los procesados a quince años de presidio.

“Por apelación interpuesta por Ballesteros Aristizábal y su defensor, conoció el Tribunal Superior de Buga del mencionado fallo y se produjo la sentencia ahora impugnada, de fecha y contenido ya referidos”.

La demanda

Al amparo de la causal primera de casación, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal el recurrente acusa la sen-

tencia como violatoria de "la ley sustancial constitucional por apreciación errónea de determinadas pruebas en él", y anuncia la demostración de que el Tribunal incurrió "en error de derecho que aparece manifiesto en los autos".

Transcribe a continuación el artículo 26 de la Constitución Nacional y copia la definición de indicio contenida en el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal. Examina seis indicios y promete desentrañar, en cada uno de ellos, los errores de hecho y de derecho cometidos por el sentenciador.

Respuesta del Ministerio Público

Observa cómo el recurrente invoca la causal primera pero no señala el concepto de la violación, o sea, si la sentencia viola la ley sustancial por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, o si, en cambio, la infringe por error de derecho en la apreciación de las pruebas, o por error de hecho que aparezca manifiesto en los autos.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal precisa numerosos defectos de técnica, ostensibles en la demanda de casación y destaca, muy especialmente, el camino equivocado seguido por el impugnante cuando reprocha al sentenciador el haber incurrido en errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba; porque no es de recibo invocar ambos errores al unísono respecto de unos mismos hechos, pues jurídicamente responden a conceptos diferentes —excluyentes entre sí— y por acudir a ese medio indirecto de impugnación en un proceso con intervención del jurado, y transcribe los siguientes apartes del fallo que decidió el recurso de casación interpuesto por Jorge Luis Espinosa Jaimes, providencia de 15 de febrero de 1973. Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez:

"El jurado examina tanto los cargos como la defensa del acusado sin atender voz distinta a la personal conciencia, y emite su veredicto según "la convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga", de acuerdo con lo previsto en el artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, que reprodujo el 27 de la Ley 4ª de

1943. No rige, pues, para los jurados la denominada tarifa legal de prueba, ni se les impone la obligación de explicar su veredicto, ni de señalar con base en qué elementos de convicción se basaron, ni cuáles medios probatorios no le merecieron credibilidad. El jurado hace una valoración conjunta del contenido del proceso, de los motivos de la acusación y de los planteamientos de la defensa, y forma su criterio en conciencia. De ahí que resulte arbitrario afirmar, en un caso dado, que el jurado apoyó su respuesta al cuestionario en tal o cual prueba, o que no tuvo en cuenta esta o aquella prueba, o que incurrió en error de una u otra naturaleza al apreciar determinado elemento de persuasión".

"También agregó la honorable Corte, en la misma providencia, que la sentencia en los juicios con jurado se profiere de acuerdo con el veredicto como lo ordena el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea posible que el juzgador lo desestime o se aparte de él, ya que constituye la fuente inmediata para su pronunciamiento. Agregó: "la injusticia notoria del veredicto no está consagrada como motivo de casación en la ley penal vigente", siendo las causales taxativas. No habiendo hecho uso el juez o el Tribunal Superior de la facultad de declarar que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos, carece la Corte Suprema de Justicia de la facultad para hacer tal pronunciamiento a través del recurso extraordinario de casación".

"Finalmente, explica nuestro máximo Tribunal de Justicia, que si hipotéticamente se aceptara que en los procesos en que interviene el jurado de conciencia puede impugnarse la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, la Corte tendría "que casar el fallo impugnado y dictar 'el que debe reemplazarlo', dando aplicación al artículo 583, ordinal 1º, del Código de Procedimiento Penal, y por ese procedimiento se llegaría a proferir la sentencia, no 'de acuerdo con el veredicto', como lo ordena el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, sino con la certeza generada en el análisis de las pruebas, y, paradójicamente, resultaría protuberante la causal de casación prevista en el ordinal 2º del

artículo 580 *ibidem*, por desacuerdo del fallo con el veredicto del jurado”.

A lo expresado por el Procurador con apoyo en la jurisprudencia que sobre el particular ha sido unánime, sin una sola vacilación, desde 1944, cabe agregar únicamente que por el camino señalado por el recurrente, la Corte, al casar la sentencia y convertirse en fallador de instancia para sustituir con la suya la decisión del Tribunal Superior, lo haría, como ya se dijo, con omisión del veredicto, en puro derecho, violando las formas propias del juicio en que interviene el jurado y contrariando claros mandamientos del artículo 26 de la Constitución política.

Frente a los errores de técnica anotados por el Procurador a la demanda, la Sala considera atinente recordar en esta oportunidad que no todas las causales de este recurso extraordinario obedecen a un mismo concepto de violación de la ley sustancial y que la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea, las tres, son formas distintas del error jurídico, y todas ellas difieren del error de derecho y del error de hecho, cuyos méritos en casación dependen del buen suceso que el demandante obtenga en demostrar que el sentenciador apreció erróneamente o dejó de apreciar determinada prueba.

En el primer caso —error de derecho— la apreciación errónea consistirá en que el sentenciador niegue a la prueba el alcance que la ley le asigna, o le conceda el que no le corresponde legalmente. El error de hecho, en cambio, sólo adquiere relieve en casación cuando el sentenciador ignora la prueba que por modo ostensible —manifesto— señorea en autos, o finge como de esta guisa, o con dicha fuerza y carácter aquella que visiblemente falta.

La infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea son formas específicas del error jurídico.

En la primera hipótesis —infracción directa— la ley ha dejado de aplicarse a un caso que la reclama exigentemente. La realidad y el hecho figurado legalmente se corresponden con justeza.

En la segunda hipótesis —aplicación indebida— la ley ha sido aplicada a un hecho no coincidente con ella. La realidad facticia y el hecho previsto legalmente se repugnan, o simplemente difieren específicamente.

En la tercera hipótesis— interpretación errónea— el hecho real y el que la ley define, coinciden cabalmente. Pero la norma, bien seleccionada por el sentenciador, ha sido exagerada por él en sus alcances, o recortada en ellos, por equivocado entendimiento.

En las tres hipótesis, la violación de la ley sustancial se da con absoluta independencia de las pruebas.

De donde puede afirmarse que estos conceptos de violación corresponden a causas y motivaciones diferentes, son independientes entre sí y, por consiguiente, no pueden ni deben predicarse en haz y al tiempo respecto de unos mismos hechos.

Dicho lo anterior, la Corte, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, de la fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. — TECNICA

La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se advzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, nueve de noviembre de mil novecientos setenta y tres.

(Maestrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Por auto de 21 de agosto último, esta Sala de la Corte declaró admisible el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Manuel Antonio Restrepo Arango y su defensor contra la sentencia de 4 de junio del corriente año, proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual Restrepo Arango fue condenado a la pena principal de diez años de presidio, modificando así la de primera que sólo lo había hecho a la de ocho, como también a las accesorias correspondientes, por el delito de homicidio en Eulalio Silva.

El recurrente presentó en tiempo oportuno, como demanda de casación, el escrito visible a los folios 3, 4 y 5 del cuaderno de la Corte, de fecha 2 de septiembre pasado, sobre cuyo mérito decide la Sala en esta ocasión, según lo preceptuado por el artículo 578 del Código de Procedimiento Penal.

El actor, luego de manifestar muy lacónicamente en qué consisten los hechos, de presentar un deficiente esquema procesal y de hacer una brevísima y confusa enunciación de circunstancias, expone:

Causales de casación

“La sentencia del Tribunal de Cali, violó la ley sustancial, por aplicación indebida y por infracción directa, siendo esto el motivo para interponer casación.

“Hubo también interpretación errónea en cuanto a la apreciación de las pruebas producidas en los autos.

“Fueron violadas las normas indicadas en los artículos 196 del Código de Procedimiento Penal, por indebida aplicación, lo mismo que el 6º del Decreto 1988 de 1971 y por infracción directa el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso según el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, lo mismo el artículo 28 del Código Penal.

“Efectivamente, el grado de “consulta” sólo obra cuando no se interpone apelación, y como en el caso sub iudice hubo apelación, el Tribunal no tenía poder, ni jurisdicción completa para corregir la decisión del inferior, alegando que no se ajustó a la ley por haber aplicado el artículo 362 y no el artículo 6º del Decreto 1988 de 1971.

“El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, ordena que “la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso”.

“Al hablar de la llamada ‘Reforma in pejus’ la honorable Corte, reitera la doctrina de que en el proceso penal también le está vedada al ad quem la ‘reformatio in pejus’ en contra del procesado apelante.

"Sobre el particular dijo la Corte:

"... el control pleno del acto jurisdiccional, en lo que respecta al *thema decidendum* de naturaleza penal, solo puede ejercerse por el superior jerárquico por medio de la consulta, cuando la ley lo ordena, o a través de la alzada interpuesta por el Ministerio Público. Por manera que la apelación interpuesta por el Agente del Ministerio Público y la consulta son los medios jurídicos escogidos por el legislador para que se ejerza el ilimitado dominio sobre resoluciones judiciales" (casaciones de 27 de noviembre y 13 de diciembre de 1972).

"Es obvio que los autos no fueron al Tribunal en consulta y por lo tanto este grado de revisión no era aplicable, así el caso estuviera contemplado en los previstos en el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal.

"El agente del Ministerio Público no apeló de la sentencia de primera instancia, ni tampoco la parte civil siendo irreformable la sentencia en relación con las partes que ellos representan.

"Si el sindicado no hubiere apelado, entonces el proceso hubiera entrado al Tribunal para ser consultado, teniendo entonces plenos poderes para modificar el fallo recurrido.

"Al empeorar, la situación de mi defendido el Tribunal violó normas legales y perjudicó injustamente a mi patrocinado.

"Por otra parte dio a las declaraciones de María Luisa Silva (madre del occiso), Trinidad Villada de Charry (su enemiga) Miguel Angel Ramírez (a quien el juez califica de mentiroso e irresponsable) y Nelly Charry Villada (a quien no se tomó juramento) el valor de plena prueba sin tenerlo, advirtiéndose que en tales declaraciones no aparecen las constancias sobre "condiciones y circunstancias que hagan apreciar la credibilidad del testigo conforme al inciso primero del artículo 236 del Código de Procedimiento Penal norma que también fue violada por infracción directa.

"Realmente el testimonio de la madre del occiso (María Luisa Silva) está parcializado, Trinidad Villada de Charry es su enemiga hecho que admite, puesto que no disimula ese desafecto como lo demuestran las siguientes frases que se encuentran en sus declaraciones:

"... la amistad que hemos tenido ha sido muy poca... el señor Manuel tuvo disgusto con el esposo mío y no nos volvimos a saludar... sobre la conducta de él puedo decir que es muy mala".

"Es obvio, por otra parte, que si el Tribunal admite, como lo hace en su sentencia que mi defendido fue injustamente provocado debió aplicar el artículo 28 del Código Penal, y al omitirlo violó asimismo este artículo por violación directa.

"De haberlo hecho, la pena impuesta a Restrepo habría sido muy inferior a la que aparece en el fallo recurrido en casación.

"Tenemos finalmente que la "riña" está demostrada en los autos, y fue imprevista para mi defendido quien nunca supuso que el saludo 'buenas noches', le mereciera un ataque intempestivo por parte de Silva, y por este aspecto debió aplicarse el artículo 384 del Código Penal, ya que mi defendido tiene derecho a la disminución de la pena conforme a tal regla.

"Por lo tanto, resumiendo los cargos se puede sintetizar que efectivamente fueron violadas las normas de los artículos 198 del Código de Procedimiento Penal, porque el Tribunal no era de 'consulta' sino de 'apelación', cuando este recurso prospera, aquél desaparece, porque es subsidiario.

"Se violó el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos penales, porque siendo grado de apelación empeoró la situación de Restrepo.

"Se quebrantó el artículo 384 del Código Penal, porque tratándose de riña imprevista debió tenerse en cuenta lo allí establecido y no se hizo.

"El Tribunal violó el artículo 28 del Código Penal directamente porque admitiendo que el honor y amor propio de mi patrocinado fueron violados injustamente, dejó de aplicarlo, como era su deber.

"Por lo tanto solicito a la honorable Corte, case la sentencia recurrida, por haberse violado por infracción directa los artículos 357 y 384 del Código de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal en su orden y el artículo 28 del Código Penal y por aplicación indebida el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

"Por lo tanto se reformará el fallo del Tribunal indicándose la pena que cupiere a mi defendido, si la honorable Corte lo

encuentra culpable" (Cuaderno de la Corte, Fls. 4 y ss.).

Se considera

En varias oportunidades ha expresado esta Corporación:

"El recurso de casación tiene por finalidad primordial velar por la recta y auténtica aplicación de la ley. Su objeto, dice Manresa, "es contener a todos los tribunales y jueces en la estricta observancia de la ley e impedir toda falsa aplicación de ésta y su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia".

"Mediante ese medio extraordinario, cuando el ataque a la sentencia es de fondo, como quiso hacerlo aquí el recurrente, se persigue corregir la infracción de la ley sustancial, por no aplicación de una disposición legal al caso probado en autos y abstractamente regulado por ella (infracción directa), o por aplicación de la norma a hecho no gobernado por ella (aplicación indebida), o porque se le haya atribuido a la norma un alcance diverso al que realmente tiene (interpretación errónea).

"La casación no es una nueva instancia, que permita la revisión total del proceso en su situación fáctica y en las cuestiones jurídicas. En ella se plantea un juicio de derecho limitado, que comprende únicamente el examen de los vicios que la parte recurrente imputa a la sentencia acusada y dentro de precisos motivos, para determinar, mediante el estudio comparativo del fallo con la ley, si ésta ha sido o no correctamente aplicada por el Tribunal de última instancia.

"Por el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación, es deber del recurrente formular con claridad y precisión los motivos de ataque a la sentencia impugnada, dentro de los establecidos en la ley, y fundamentarlos de tal manera que permita a la Corte el estudio del juicio de derecho contenido en el fallo, y comprobar si en éste se ha violado la ley y por qué concepto.

"La casación es un remedio técnico y la demanda que lo sustenta está sometida a condiciones de forma y de fondo cuya observancia es indispensable para su admisión y para que subsista respecto del recu-

rrente, como expresa Fenech, "el derecho al examen y ulterior decisión del Tribunal de Casación". Tales condiciones están contempladas en la legislación colombiana en el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, que establece:

"La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas.

"Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una". (Providencias de 12 de agosto de 1969: —G. J., T. CXXXI, Pág. 265 y de 30 de agosto de 1973—. El artículo 63 del Decreto 528 citado, corresponde al actual 576 del C. P. P.).

Al examinar el escrito presentado como demanda en el caso sometido a estudio, se encuentra:

a) Que no contiene un verdadero resumen de los hechos materia del debate, ya que en las cuatro líneas y media que a ello dedica, el demandante apenas los enuncia de manera superficial;

b) Que no expresa en ninguna parte, de manera precisa y concreta, cuál es la causal que aduce para pedir la infirmación del fallo. Y si se piensa que se trata de la primera de las consagradas por el artículo 580 del Estatuto procesal penal, no se determina ni argumenta en cuál de sus modalidades;

c) Por último, no dio cumplimiento al mandato legal en cuanto determina la forma como deben formularse y desarrollarse los cargos.

Ante las muy notorias imperfecciones anotadas al escrito presentado como demanda de casación, la Corte, dando aplicación al artículo 578 del Código de Procedimiento Penal, debe declarar desierto el recurso, por no reunir los requisitos legales para su admisibilidad.

Decisión

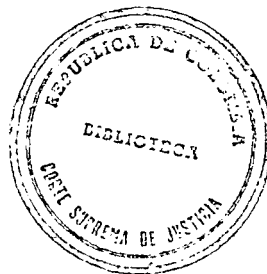
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara desierto

el recurso de casación interpuesto por el procesado Manuel Antonio Restrepo Arango y por su defensor contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 4 de junio del año en curso, dentro de estas diligencias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.



ACUMULACION. — PRORROGA DE JURISDICCION

En materia penal, conforme a lo estatuido en el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, uno de los casos en que hay lugar a acumulación, es cuando contra un mismo procesado se estuvieren siguiendo dos o más juicios. — Preséntase en tales situaciones previstas en el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, una verdadera prórroga de jurisdicción, no sólo con respecto de la materia, sino también del territorio, si una de las infracciones se cometió en lugar de otra jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veinticuatro de noviembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Vistos

Se halla acusada en casación la sentencia de 5 de marzo último, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga adicionó el fallo de primer grado en el sentido de imponer dos (2) años de relegación a colonia agrícola penal como pena accesoria al condenado José Duván Delgado Giraldo. La sentencia adicionada, proferida por el Juzgado Cuarto Superior de Tuluá, condenó al mencionado Delgado Giraldo (alias "Risitas" y "Veinte Pesos") a la pena principal de veinticuatro años de presidio, a las accesorias correspondientes y al pago de los perjuicios en abstracto, "como autor responsable de los delitos de 'homicidio' y triple 'homicidio' 'imperfecto' "en las personas de Roberto Arias Vergara, Aldemar Giraldo Flórez, José Ricardo Alzate Zuluaga y Alfonso Rodríguez Martínez, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que dan cuenta los autos de proceder en los negocios acumulados".

Hechos y actuación procesal

Los resume así el Procurador Segundo Delegado Penal, en su alegato:

"Se refiere la sentencia recurrida a dos procesos penales fallados unitariamente en virtud de las normas sobre acumulación: el primero fue calificado por el Juzgado Cuarto Superior de Tuluá, con base en los hechos ocurridos en la población de Caicedonia (Valle del Cauca) el 2 de abril de 1964; el segundo por el Juzgado Segundo Superior de Armenia, por hechos protagonizados en jurisdicción del municipio de Pijao (Quindío) el 29 de noviembre de 1969.

"Da cuenta el primer expediente que en la población de Caicedonia, en la fecha mencionada, súbitamente apareció en la puerta del taller de Aldemar Giraldo un sujeto desconocido quien procedió a disparar contra los allí presentes Aldemar Giraldo Flórez, José Ricardo Alzate y Roberto Arias Vargas, resultando muerto este último. Giraldo persiguió al agresor quien resultó ser José Duván Delgado y logró herirlo.

"El segundo proceso alude a los siguientes hechos: Alfonso Rodríguez transitaba por la vereda de Topacia Alta del municipio de Pijao en la fecha ya expuesta, oyó una detonación y vio moverse los arbustos del lindero del camino donde asomaba el cañón de una escopeta; se lanzó a tierra, escuchó nuevas detonaciones de armas de fuego, sacó su revólver para defenderse y logró herir a uno de sus dos atacantes a quien reconoció como José Duván Delgado.

“Las investigaciones se adelantaron en sus jurisdicciones territoriales correspondientes. Cuando en el primer proceso se había celebrado audiencia pública con veredicto condenatorio, el sindicado solicitó la acumulación de juicios, la cual fue decretada el 13 de junio de 1972 por el Juzgado Cuarto Superior de Tuluá en razón de que el negocio que en este Despacho cursaba profirió auto de vocación a juicio, antes que el tramitado en el Distrito Judicial de Armenia. Decretada la acumulación se suspendió la prosecución del juicio más adelantado, se realizó audiencia pública en relación con el último mencionado y como se dio un veredicto condenatorio se fallaron el 18 de noviembre de 1972, providencia que confirmó el Tribunal Superior de Buga, con la adición ya comentada”.

La demanda de casación

El mencionado Agente del Ministerio Público, la sintetiza acertadamente en la forma que a continuación se expone:

“El apoderado especial del recurrente apoya la impugnación del fallo de segunda instancia en la causal cuarta de casación ‘en armonía con el artículo 41 y 44 del Código de Procedimiento Penal, y 210 del mismo estatuto’.

“El actor apoya su tesis en la causal de nulidad denominada la incompetencia del juez y para sustentarla cita el artículo 26 de la Constitución Nacional y concluye que en este proceso ‘ni el juez ni el Tribunal Superior eran los competentes, ni se observaron la plenitud de las formas propias del juicio’. En su criterio se violó el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal pues para juzgar a Delgado Giraldo en relación con el homicidio imperfecto perpetrado en Alfonso Rodríguez, era competente el Juez Superior de Armenia en razón de que los hechos ocurrieron en territorio de su jurisdicción, y por tanto resultó nulo todo lo actuado a partir del auto del 30 de junio de 1972.

“Consideró el apoderado del recurrente que ciertamente era el caso de hacer una acumulación ‘pero por tratarse de procesos

que estaban conociendo jueces con distinta competencia por razón del territorio’, debía darse aplicación al artículo 44 del Código de Procedimiento Penal sobre cambio de radicación. Afirmó, en conclusión, que la competencia por razón del territorio es un principio de orden público que no puede cambiarse sino por el Gobierno Nacional, de acuerdo con la Sala Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia, y no por medio de un simple auto interlocutorio. Por último se refirió a la violación directa de los artículos 26 de la Constitución Nacional, 41, 44 y 210 del Código de Procedimiento Penal”.

Concepto del Procurador

El Procurador Segundo Delegado Penal solicita desechar el recurso de casación interpuesto, pues “en definitiva el cargo no puede prosperar: por ausencia de fundamento jurídico en la pretensión y porque, de aceptarse ésta, resultaría perjudicial para los intereses del acusado”. Por consiguiente, “considera que el fallo condenatorio del Tribunal Superior de Buga pronunciado en esta causa no debe casarse”.

Se considera

1º En materia penal, conforme a lo estatuido en el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, uno de los casos en que hay lugar a acumulación es cuando contra un mismo procesado se estuvieren siguiendo dos o más juicios.

En este caso de acumulación, tratase de una pluralidad de delitos autónomos, independientes, sin otra vinculación que la del sujeto activo, pues las infracciones conexas se deben investigar y fallar en un mismo proceso, por mandato del artículo 168 de la obra citada.

En esta hipótesis, la acumulación tiene varios fines: a) La economía procesal, como que un mismo juez, por los trámites de un solo juicio decide los diversos asuntos u objetos procesales, esto es, que se logra “la eficacia del derecho con el mínimo de actividad jurisdiccional”; b) El mejor aprovechamiento de la prueba producida en las

causas acumuladas, en orden al estudio de la personalidad del reo y al examen de los hechos imputados; y c) La evitación del cúmulo material de penas que resultaría del juzgamiento separado de las infracciones en el supuesto de sentencias condenatorias, puesto que en juicios acumulados, si el fallo es condenatorio, hay que dar aplicación al artículo 33 del Código Penal, según el cual al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave aumentada hasta en otro tanto.

Preséntase en tales situaciones, previstas en el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, una verdadera prórroga de jurisdicción, no sólo con respecto de la materia, sino también del territorio, si una de las infracciones se cometió en lugar de otra jurisdicción.

Y es que es palmar, como apunta el Procurador, que el lugar de la comisión de los delitos es factor de competencia especial frente al general de la naturaleza del hecho. Mas la norma que establece la competencia territorial (artículo 41 del C. de P. P.) admite, lo mismo que las de la competencia funcional (Arts. 32 y siguientes *ibídem*), excepciones. Entre las excepciones sobre competencia funcional pueden traerse a cuento las consagradas en los artículos 39 y 168 de la obra en cita. Y la acumulación de juicios es, precisamente, una de las excepciones que comporta la

competencia territorial respecto de procesos tramitados en diferentes distritos judiciales. En estos supuestos se cumplen a cabalidad los fines asignados a la acumulación.

Como el cargo que plantea el actor estriba en que no es posible la acumulación de procesos que cursan en diferentes distritos judiciales, se colige patentemente de lo expuesto que él no puede prosperar por carencia de fundamento jurídico.

Por tanto, debe procederse conforme a lo estatuido en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Fallo

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la Procuraduría Segunda Delegada Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso extraordinario de casación a que expresamente se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PRUEBA PERICIAL

Sólo puede reconocerse valor de plena prueba al dictamen proveniente de verdaderos expertos, emitido sobre el caso concreto, razonado, objetivo, uniforme, sin reticencias ni vicios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre veintisiete de mil novecientos setenta y tres. (Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

El 15 de febrero del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dictó sentencia contra Oscar de Jesús Gaviria Roldán o Luis Fernando Restrepo y en ella lo condenó a la pena principal de diez y seis meses de presidio, por el delito de falsedad, dando aplicación a los artículos 233 y 234 del Código Penal. También condenó al procesado a pagar los daños y perjuicios provenientes de la infracción y a las penas accesorias correspondientes. El fallo había subido al Tribunal en consulta del que, a su vez, había pronunciado el Juez Décimo Superior de Bogotá, por medio del cual fue absuelto Gaviria Roldán por los hechos que se le habían atribuido en el auto de llamamiento a juicio y que fueron calificados como falsedad y estafa.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el defensor el recurso de casación, que ahora se decide, agotado como está el trámite para ello. Por auto del 26 de julio de 1973 se declaró ajustada la demanda a las exigencias legales y se ordenó correr traslado de ella al Agente del Ministerio Público, como parte no recurrente. El Procurador Segundo Delegado en lo Penal contestó los cargos en la forma y con las peticiones de que se tratará adelante.

Hechos procesales

En escrito del 24 de febrero de 1971, Edgar Enrique Molero, administrador del Ho-

tel Granadino de Bogotá, denunció a Luis Fernando Restrepo, quien después fue identificado como Oscar Gaviria Roldán, porque le había presentado para el cambio, en moneda colombiana, varios cheques viajeros, operación que el administrador cumplió inmediatamente, sin desconfianza ninguna, toda vez que el citado Gaviria se había hospedado en el hotel en compañía de James Mc Leod y ya era conocido, habiéndose registrado como médico residente en Medellín.

Gaviria Roldán salió para Medellín el 16 de febrero y desde esa ciudad pidió el cambio de otro cheque viajero por quinientos dólares, que había dejado a su compañero de pieza. El administrador consignó los cheques pero en el banco le manifestaron que eran falsos, hecho que lo movió a denunciar a Mc Leod y a Gaviria Roldán, cuyas capturas se produjeron sin obstáculo alguno.

El Tribunal de Bogotá, al revisar el auto de proceder, el 17 de marzo de 1972, confirmó la calificación dada a los hechos, circunscribiendo la imputación sólo a Gaviria Roldán y sobreseyendo temporalmente a favor del otro acusado. Sobre esta base se produjo la absolución por el juzgado y el fallo condenatorio que es materia del presente recurso.

Demanda de casación

En la demanda de casación, el defensor acusa el fallo por este doble aspecto: a) Infracción indirecta de la ley penal, fundado en el cuerpo segundo del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto consagra erróneas apre-

ciaciones de los hechos fundamentales referentes al cuerpo del delito y a la responsabilidad, lo que llevó a una incorrecta aplicación de la ley sustantiva y procesal, y b) Violación de la ley sustancial por aplicación indebida, toda vez que el juzgador entendió que el precepto debía aplicarse a un caso distinto del planteado en el juicio. Para este segundo aspecto el libelo invoca el cuerpo primero de la referida causal.

La infracción indirecta se produjo por estas cinco irregularidades:

Primera. Porque la sentencia dio al dictamen pericial un valor del que carece, y así dio por establecido el delito de falsedad en los cheques representativos de dólares, "violando el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal en relación con las disposiciones previstas en los artículos 215, 216 y 217 del mismo".

La objeción fundamental contra el dictamen consiste, a juicio del actor, en que los peritos emitieron opiniones contradictorias, pues una es la conclusión del rendido el 15 de marzo de 1971 (folio 48 del C. P.) y otra la del que suscribieron el 19 de abril y que obra al folio 123. Fuera de esto, el juez hizo llegar a los expertos, como elemento de comparación, y contra lo pedido por ellos, cheques viajeros de valor distinto, lo que imposibilitó dicha confrontación, ya que entre unos y otros existen notables diferencias. En estas condiciones "el perito no se encuentra realmente capacitado para el análisis de los documentos que se le entregaron para su examen y por lo tanto su experticio no es conciso, no se ve rodeado de la seguridad que da el conocimiento real y completo de la ciencia necesaria", de donde resultan hipótesis más o menos ciertas pero en manera alguna fuentes de certeza. Tampoco se hizo un análisis completo de los documentos pretendidamente falsos, pues sólo se verificó una inspección superficial, dejando de lado la verdadera técnica que obliga al examen químico del papel, la tinta y los propios signos escritos en ellos.

Finalmente, los cheques viajeros de cincuenta dólares, de la American Express Company, enviados a los peritos para su cotejo con los supuestamente apócrifos, no fueron certificados por la entidad bancaria correspondiente en Colombia, sino que fue-

ron remitidos por el Banco Cafetero, que no los emite, lo cual significa que tales documentos no son auténticos, o que al menos no está acreditada su autenticidad, de modo que falla por su base este término de comparación y el dictamen es insostenible como prueba de la falsedad.

Segunda. No existe constancia de que el Banco Cafetero, sucursal de Las Nieves, hubiese rechazado los cheques viajeros presentados como falsos por el denunciante Molero. Todo lo contrario, según se lee en la diligencia de inspección judicial practicada el 25 de mayo de 1972, a esa entidad (folio 405), informa que el cheque del American Express por veinte dólares, marcado con el número EB-87-840-179, fue cambiado a Edgar Enrique Molero y que el mismo Banco lo retiene en su poder, seguramente por estimarlo corriente. Indica lo anterior que el único instrumento presentado para el cambio resultó auténtico. Sin embargo, el fallo condenatorio no tiene en cuenta el valor probatorio de la diligencia de inspección judicial, prueba que es plena respecto de los hechos y circunstancias sujetos a los sentidos externos, observados personalmente por el juez, según el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

Tercera. "Aun reconociendo plenamente válido el informe pericial y restándole importancia al pago del cheque viajero número EB-87-84-179 y la ausencia de consignación de los cheques supuestamente apócrifos, tendría mérito únicamente en cuanto a la falsedad de los documentos analizados, cheques viajeros, pero en ningún caso en cuanto a las imputaciones delictivas hechas al procesado", porque "tal circunstancia no implica el conocimiento de su falsedad o su uso ilegítimo..., al dar por probado ese conocimiento, aunque no explique en qué prueba basa tal conclusión, se viola la exigencia de plena prueba de la responsabilidad que exige el Código de Procedimiento Penal. La intención pura, agrega, no basta: es indispensable que se haya materializado el uso del documento falso".

Cuarta. El fallo apreció erróneamente las declaraciones de Edgar Molero Santander y Nelly Hernández García "al deducirle el conocimiento del vicio de los instrumentos, pues tales testigos deponen sobre la actividad similar de Gaviria, sobre su persona-

lidad y negocios pero en nada a ese conocimiento de la falsedad, juicio viciado que conlleva a la violación de los artículos 236, 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal”.

Quinta. No hay prueba del cuerpo del delito de falsedad y por eso el fallo viola el artículo 215 del Código de Procedimiento: “La falta de estimación de la inspección judicial y la equivocación en la apreciación del valor legal a la consignación y aceptación del cheque viajero corriente y la ausencia de consignación y protesto de los demás instrumentos, así como las equivocaciones en la crítica y apreciación de los testimonios de Edgar Molero Santander y Nelly Hernández García, a los que el fallo da un valor que no tienen realmente, engendraron el error sobre la existencia del cuerpo del delito de falsedad de uso, violando el artículo 234 en concordancia con los 231 y 233 del Código Penal”.

La infracción directa, alegada basándose en el cuerpo primero de la causal primera de casación, consiste en que “este fallo viola la ley sustancial por aplicación indebida de la ley penal, que equivocó el precepto al aplicarlo a un caso distinto al que ocurría en los hechos debatidos en el juicio... El fallo consideró que los hechos tipificaban el delito de falsedad de uso, siendo que existe norma expresa en que se tutela la fe pública que se debe a la moneda extranjera que no tenga curso legal en Colombia, violando en esta forma el artículo 215 del Código Penal y en especial el Título IV del Capítulo I, del Libro II del Código Penal y el Decreto-ley número 444 de 1967, en su sección tercera”. El error conlleva la condena de una acción no delictiva, “pues sólo la fabricación, alteración e introducción al país de la moneda falsa extranjera es punible y no su uso, sea cual fuere el propósito del usuario”.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima, en lo que concierne al primer cargo, que el dictamen pericial no tiene valor de plena prueba, de modo que efectivamente se violaron los artículos 278 del estatuto procesal y 233 y 234 del Código Penal. Los peritos, agrega el Agente del

Ministerio Público, emitieron un juicio conforme al cual los cheques viajeros de veinte dólares y diez dólares de la American Express, y de veinte dólares del Bank of America, eran legítimos debido a la nitidez de los impresos como puede observarse en su fluorescencia particular y su sensibilidad a los reactivos químicos, resultado al que llegaron después de examinar los documentos a la luz natural, a la infrarroja y a la ultravioleta, como pruebas químicas. Pero no se atendió la exigencia del envío de instrumentos de igual valor a los que se reputaban falsos sino que a éstos se los comparó con cheques de otro valor, o sea los de cincuenta dólares, si se exceptúa uno de los del Bank of America. Fuera de lo anterior, en la segunda oportunidad los cheques resultaron falsos porque las tintas de impresión presentan diferencias a los rayos infrarrojos, siendo otra la calidad de papel.

En presencia de estos defectos concluye el Procurador:

“Asiste la razón al actor cuando afirma que el término de comparación no era el mismo pues para establecer la autenticidad de los cheques viajeros del American Express de veinte y diez dólares, se tuvieron en cuenta instrumentos de cincuenta dólares. Además el único procedimiento que se aplicó fue el de someter los títulos-valores a exámenes microscópicos, que al parecer no son completos desde el punto de vista científico. Tampoco se allegaron las características de cada una de las denominaciones para dar una opinión exacta, segura y definitiva”.

Finalmente dice:

“A juicio de esta Procuraduría Delegada, en verdad, no puede otorgarse valor de plena prueba a los dictámenes periciales en estudio porque de una parte, indudablemente son contradictorios y de otra parte, porque los cheques viajeros cuestionados se compararon con otros de diferentes denominaciones, los cuales seguramente exhiben características propias que no coinciden con las de los instrumentos decomisados.

“No existe en el proceso una opinión científica sobre las características de los cheques viajeros de veinte y diez dólares del American Express que hubieran servido de término de comparación con los de

los títulos-valores entregados al denunciante. Los peritos dedujeron la falsificación de dos factores: la calidad del papel y la diferencia en las tintas de impresión. Como los peritos no tuvieron a su disposición cheques viajeros de igual denominación a los controvertidos, no pudieron pronunciarse sobre aspectos verdaderamente fundamentales sino puramente superficiales. Es posible que las tintas de impresión y la clase de papel de los cheques viajeros de cincuenta dólares del American Express sean diferentes a los de veinte y diez dólares del mismo Banco.

"En definitiva, las deficiencias anotadas demuestran, a juicio de este Despacho, que por parte del juzgador de segundo grado se incurrió en error de derecho en la estimación de la prueba pericial al otorgársele un valor que no le corresponde".

En relación con el segundo cargo, es decir con el que consiste en que el Banco Cafetero no rechazó los cheques presentados por Molero, por estimarlos falsos, y en que fue mal apreciada la diligencia de inspección judicial del folio 405, en la cual se dejó la constancia de que el único instrumento entregado por el denunciante resultó verdadero, responde:

"Este título-valor que, se repite, corresponde al número EB-87-84-179 por veinte dólares del American Express, pertenece a la misma denominación e idéntica numeración de los que aparecen a folios 113 a 118 del informativo. Si respecto del primero es indudable su autenticidad, ¿por qué los seis últimos de la misma denominación y serie no lo son?

"El juzgador de segunda instancia, infortunadamente, como ya se observa en la demanda, no se ocupó con seriedad de este cargo pues en forma absoluta sostuvo que la no devolución del instrumento ya descrito carecía de '...incidencia sobre la calidad de legítimos o apócrifos de los documentos en cuestión...' Y agregó que los demás instrumentos fueron rechazados por el Banco Cafetero —Las Nieves— por estimarlos falsos ... según lo afirmado por el denunciante".

La acusación tiene fundamento, en concepto del Procurador, pues el fallo negó al instrumento aceptado por el Banco valor probatorio (error de derecho), y de otro

lado existe el manifiesto error de hecho "por no tener en cuenta la inspección judicial del folio 405 del informativo".

Estos dos primeros cargos "desvirtúan la prueba relativa al cuerpo del delito de falsedad documental y serían suficientes para hacer prosperar la impugnación. Con todo, el Agente del Ministerio Público estudia los otros tres motivos para decir que el tercero es consecuencia lógica de los dos anteriores:

"Si no está probada debidamente la falsedad de los cheques viajeros entregados por el acusado Gaviria Roldán, no puede atribuirse culpabilidad porque ésta supone la demostración del aspecto objetivo de la infracción. Más claro: Si no se ha demostrado que los cheques son falsos no puede inferirse que Gaviria los hubiese utilizado para perjudicar a terceros con la conciencia de no ser auténticos".

Respecto del cuarto cargo, contesta:

"No existe duda en el proceso, porque el mismo acusado lo reconoció, que él presentó a Molero los cheques y por este motivo se le capturó y fue comprometido en juicio. Al fallo impugnado se refiere este hecho para inferir la imputabilidad a cargo de Gaviria Roldán y no para deducir prueba del cuerpo del delito como se anota en el libelo en forma equivocada".

Sobre el quinto cargo, el Procurador estima que es incorrecta su formulación, pues se trataría, en la forma en que está planteado, de un error manifiesto de hecho, y no de error de derecho por equivocada estimación de determinados elementos de juicio. Pero esto no tiene importancia porque "los dos primeros cargos deben prosperar por encontrar serio fundamento jurídico y porque demuestran la inexistencia del cuerpo del delito atribuido al acusado Gaviria Roldán. Se ha violado la ley penal sustantiva en sus artículos 215 del Código de Procedimiento Penal y 231, 233 y 234 del Código Penal, en forma indirecta como se demuestra en la demanda".

Sobre el segundo motivo de impugnación, es decir el de violación directa por aplicación indebida de disposiciones relativas a la falsedad en documentos y falta de aplicación de las normas sobre falsificación de moneda, responde el Procurador:

“Se supone, porque nada aparece en el libelo al respecto, que este motivo de casación se propone como subsidiario del primero que, en opinión de este Despacho prospera; por tanto, bien podría el Ministerio Público no ocuparse de esta acusación.

“El planteamiento es equivocado: el cheque viajero circula ‘como’ moneda por su gran aceptación en operaciones comerciales pero su naturaleza jurídica es la de un título-valor nominativo y no al portador, conforme a clara y precisa definición legal (Arts. 646 y 746 a 751 del Código de Comercio).

“Por tanto, el cargo no puede prosperar por falta de fundamento jurídico”.

Apoyándose en estos puntos de vista, el Agente del Ministerio Público pide que se case el fallo recurrido y en su lugar se absuelva a Gaviria Roldán por la infracción que se le atribuyó en el auto de llamamiento a juicio.

Consideraciones de la Corte

1. La prueba pericial no surge de los expertos sino de hechos que figuran en el proceso y sobre los cuales deben éstos practicar los exámenes y reconocimientos ordenados por el juez, a fin de dar un concepto respaldado tanto por su autoridad en determinada materia, como por el modo empleado para el análisis de los datos que se le suministran. Muy escaso aporte sería el del científico, técnico, o artista, suficientemente abrestigado en el ejercicio de sus actividades respectivas, si dejara sin razonar las conclusiones, o al menos sin indicar los medios que le llevaron a adoptarlás. En el dictamen pericial deben buscar los jueces estos derroteros para resolver si lo acogen, rechazan o le dan valor parcial o completo. En otra forma se desobedece el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, que impone el deber de “expresar clara y precisamente las razones en que fundan su decisión”, máxime si en una providencia de fondo se le concede mérito suficiente para dar por establecido el cuerpo del delito.

2. Es cosa tan común como inconveniente e ilegal, limitarse a impartirle aprobación a la pericia, en sintética fórmula ruti-

naria, o desecharla de la misma manera. Cualquiera que sea la oportunidad para apreciarla, es indispensable que se cumpla el imperativo mandato de la norma procesal. Esta no pide argumentos profundos, ni disertaciones eruditas, ni variedad de consultas, sino claridad y precisión en el razonamiento tendiente a cualquiera de las soluciones, es decir, pide un esfuerzo mínimo a fin de que se entienda bien el criterio favorable o desfavorable a la peritación. Sin embargo, esta exigencia elemental no se cumple sino en los contados casos en que se formulan objeciones por quienes intervienen en el proceso. La obligación de explicar los motivos del acogimiento o rechazo, no puede excusarse de ninguna manera y se extiende al instructor y al funcionario del conocimiento, pues el perito interviene en cualquiera de las etapas procesales, en cuanto se requieran sus conocimientos y experiencia como auxilio de la administración de justicia.

3. Sólo puede reconocerse valor de plena prueba al dictamen proveniente de verdaderos expertos, emitido sobre el caso concreto, razonado, objetivo, uniforme, sin reticencias ni vacíos, seguro en la verificación de los medios que lo fundan y perfectamente definido en las consideraciones y en la resolución de los puntos que han sido propuestos por el juez. En cualquier otra situación, el dictamen es prueba incompleta, que necesita otra u otras, en las condiciones del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

4. Tratándose de falsedad es indispensable que los peritos expongan, cuando haya mediado cotejo de letras o de cualquiera otra clase de signos, qué documentos reputados legítimos o genuinos tuvieron en cuenta para hacer la confrontación, y cuáles las diferencias entre los primeros y los que se reputan fingidos. En lo que se relaciona con títulos, como los redargüidos de falsos en este proceso, es preciso que la confrontación se verifique con papeles representativos del mismo valor, la misma fecha de emisión y la misma entidad emisora, pues generalmente las especies cambian según su cuantía, el tiempo y el otorgante o responsable del pago.

5. Si se hubieran practicado dictámenes simultáneos o sucesivos sobre una misma

cuestión, deben apreciarse conjuntamente, exceptuando los casos en que prospere objeción por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, según el inciso 2º del artículo 241 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 277 del estatuto procesal penal. Y en todo caso debe el juzgador tener en cuenta la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos expuestos por los peritos, lo mismo que la competencia de éstos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso, satisfaciendo así exigencias científicas que aparecen acogidas en el inciso 1º de la disposición primeramente citada. Estos son criterios de orientación para los jueces de las distintas especialidades y contribuyen a entender mejor las previsiones del artículo 278 del Código de Procedimiento Penal.

6. La sentencia recurrida tuvo como base para acreditar plenamente la falsedad, los dictámenes de folios 48 y 123 emitidos por el laboratorio forense del Instituto de Medicina Legal, de Bogotá. El primero, fechado el 15 de marzo de 1971. El segundo, del 29 de abril siguiente. Y, limitándose a transcribirlos, sin ninguna consideración sobre el mérito probatorio que contienen, concluyó: "El Tribunal, para acoger el dictamen del laboratorio forense sobre la falsedad de los aludidos documentos, tiene bases suficientes, razonables, claras y precisas, como lo demanda el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal". Conclusión que no responde a la exigencia de la norma invocada, sino que aparece en franco desacuerdo con su texto, como resulta de las observaciones siguientes: no se apreciaron en conjunto, pues el segundo excluyó al primero; no se tuvieron en cuenta las peticiones de los peritos en el sentido de que, para conceptuar a fondo debían tener, como término de comparación, "cheques de igual denominación y del mismo Banco, certificados, legítimos", antes bien se les hicieron llegar instrumentos de distinta denominación, en manera alguna certificados ni demostrada de cualquier otro modo su legitimidad; no se tuvo en cuenta que el primer dictamen concluye diciendo de los cheques "lo más probable es que sean legítimos" excepción de uno del Banco de Venezuela, respecto del cual afirmaron: "lo más probable es que sea falso", y

que estas aseveraciones procedieron después de "practicados exámenes microscópicos tanto a la luz natural como a la infrarroja y ultravioleta y pruebas químicas" (se subraya). En cambio, el dictamen del 16 de abril de 1971 apenas anota la práctica de "exámenes microscópicos tanto a la luz natural como a la ultravioleta e infrarroja", habiendo prescindido del examen químico que sí se hizo la primera vez, de donde se infiere que mayor fuerza tiene el primero que el segundo.

7. La contradicción entre los dos dictámenes, el primero que se inclina por la legitimidad de los cheques, y el segundo que los acusa de falsos, no ha sido superada en forma alguna, lo cual significa que sobre tan endeble fundamento no es jurídico dar por establecida la existencia de la falsedad, y que han sido violados los artículos 215 y 278 del Código de Procedimiento Penal, como lo sostiene la demanda y lo admite el Agente del Ministerio Público, error de derecho que condujo indirectamente a la violación de los artículos 231, 233 y 234 del estatuto represor.

8. El error del fallo se acentúa al haber dejado de apreciar debidamente los hechos observados por el juez, de que da cuenta la diligencia de inspección practicada el 25 de mayo de 1972 en las oficinas del Banco Cafetero, sucursal Las Nieves. En esta diligencia se hizo la anotación de que el cheque número 6-63029, negociado a Edgar Molero y girado por el National Bank of New York no tiene anotación ninguna, lo cual significa a juicio de la empleada del Banco encargada de esa sección, "que el cheque ha salido corriente". Sobre esta prueba no hace ninguna apreciación el Tribunal, debiendo hacerlo, pues con ello se acredita que el único cheque sometido al trámite bancario resultó válido, error de hecho manifiesto, que condujo igualmente a violar las normas represoras antes citadas.

9. En relación con los otros cargos, debe hacerse la misma afirmación del Agente del Ministerio Público, pues demostrado que el cuerpo del delito de falsedad no tiene respaldo probatorio, no hay para qué hacer consideraciones ni sobre la culpabilidad ni sobre la responsabilidad. Otro tanto ocurre con el segundo motivo de im-

pugnación cuyo estudio es improcedente por la razón apuntada.

10. En estas condiciones, la Corte casará el fallo recurrido y absolverá al sindicado por los cargos que se le formularon en el auto de proceder.

Fallo

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, 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 considerativa de la presente, y en su lugar absuelve a Oscar de Jesús Gaviria Roldán por los cargos que le habían sido hechos en el auto de proceder.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD. — CAUSAL 4ª

Quien alega en casación que el juicio está viciado de nulidad, porque en el auto de proceder se incurrió en error respecto a la denominación jurídica de la infracción, tiene el deber de demostrar, mediante razonado estudio del haz probatorio, que los juzgadores desfiguran la realidad fáctica del proceso por errores —de hecho o de derecho— en la valoración de la prueba, o de comprobar por análisis jurídico, si no controvierte los hechos que el fallador tuvo como establecidos, que la norma de la cual fueron subsumidos no era la rectora del tipo sino otra.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre veintisiete de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos

Mediante sentencia de dieciocho de enero último, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la de primera instancia, originaria del Juzgado Noveno Superior de esta ciudad, y condenó a Macedonio Martínez Pinilla a la pena principal de quince años de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable de homicidio agravado en la persona de su hermano Amílcar.

El procesado interpuso recurso de casación oportunamente. Admitido por la Corte, y presentada en tiempo la demanda de casación, se declaró ajustada a los requisitos formales de ley.

Hechos y actuación procesal

“La noche del 26 de mayo de 1968, en casa de Agustín Bohórquez en jurisdicción del Municipio de Tibacuy, fue muerto de una cuchillada el señor Amílcar Martínez o Pinilla y desde un comienzo se señaló como responsable a su hermano paterno, Macedonio Martínez Pinilla.

“Agotada la investigación, el procesado fue comprometido en juicio con intervención del jurado de conciencia por homicidio simple, decisión reformada por el extinguido Tribunal Superior de Fusagasugá, en el sentido de responsabilizarlo de homicidio agravado, en razón del parentesco entre víctima y victimario.

“Verificada la audiencia pública, el jurado de conciencia lo halló culpable de homicidio pero sin características de asesinato, veredicto declarado contrario a la evidencia de los hechos por los juzgadores de instancia.

“El nuevo jurado convocado en esta causa afirmó categóricamente la responsabilidad del sindicado y el juzgado del conocimiento lo condenó a la pena principal de quince años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes, pronunciando confirmado en todas sus partes mediante la sentencia recurrida en casación”.

La demanda de casación

Al amparo de las causales cuarta y primera se formulan dos cargos a la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.

Cargo primero

Violación de la Constitución Política por haber errado el fallador en la denominación jurídica de los hechos.

Se sustenta así:

El veredicto del jurado —en la primera vista pública— “sí es responsable pero sin las características de asesinato porque mediaron circunstancias que según nuestro criterio atenúan su acto”, equivale a reconocer que el homicidio podía imputarse al procesado en el grado de preterintencional. Si los jueces de las instancias calificaron los hechos como asesinato, denominaron equivocadamente la infracción e incurrieron en nulidad.

Segundo cargo

Se formula en el ámbito de la causal primera, y se aduce que el sentenciador tuvo por demostrado el parentesco entre la víctima y su victimario sin que de autos constaran las partidas de sus nacimientos y del matrimonio de sus padres, por lo cual dicho parentesco no se podía proponer como circunstancia de agravación del homicidio (ordinal 1º del artículo 363 del Código Penal) en el cuestionario sometido al jurado.

Consideraciones de la Corte

Cargo primero

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal pide que se deseche el recurso interpuesto a nombre del procesado Macedonio Martínez Pinilla porque adolece de graves fallas técnicas insubsanables que impiden el estudio de los cargos formulados al amparo de las causales cuarta y primera y destaca cómo resulta paradójico “que el veredicto rechazado por los jueces de instancia equivalga al reconocimiento del homicidio preterintencional, pues de los términos en que fue concebido no se colige la ausencia del propósito de matar, ni la existencia de un dolo determinado de lesionar y, más extravagante, que dicha veredicción se tome como “antecedente” de la calificación del mérito del sumario ya efectuada”.

A continuación transcribe de la doctrina de la Corte un párrafo correspondiente al fallo de casación que decidió la demanda de Luis Angel Salazar y otro, del tenor que sigue:

“Quien alega en casación, en el marco de la causal 4ª del artículo 580 del Código

de Procedimiento Penal, que el juicio está viciado de nulidad porque en el auto de proceder se incurrió en error respecto de la denominación jurídica de la infracción (Art. 210, Num. 5º, del C. de P. P.) —ha dicho la Corte Suprema de Justicia— tiene el deber de demostrar, para la prosperidad de la acusación, mediante razonado estudio del haz probatorio, que los juzgadores de las instancias desfiguran la realidad facticia del proceso, por errores —de hecho o de derecho— en la valoración de la prueba, lo que ha de hacer notar el demandante; o de comprobar por análisis jurídico, si no controvierte los hechos que el fallador tuvo como establecidos, que la norma en la cual fueron subsumidos no era la rectora del tipo penal, sino otra”.

La causal de nulidad invocada por el recurrente la prescribe el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, y no tiene cabida en este caso porque el auto de proceder fue redactado con ceñimiento a los requisitos formales exigidos por el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, y en su parte resolutive contiene, como conclusión de las premisas sentadas en la motiva, el llamamiento a juicio por el delito de homicidio que denomina el Código Penal en su Título XV, Capítulo 1º. Cabe advertir que el juzgador, en el auto de proceder, no determinó dentro del género del delito, en su parte resolutive, la especie del asesinato, sino que en la motiva hizo la calificación del hecho imputado a Macedonio Martínez Pinilla, con las circunstancias especificadoras que luego fueron incluidas en el cuestionario absuelto afirmativamente por el jurado.

Las circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad no alteran el nomen juris de la figura delictiva, pero lo especifican dentro de su categoría. Tal fue lo ocurrido en el presente caso, y en estas condiciones, aun si el cargo se hubiese formulado correctamente, no podría prosperar.

Cargo segundo

El demandante reitera que en el proceso falta la prueba del parentesco entre la víctima y su victimario legalmente producida.

Al respecto basta recordar con el Procurador cómo el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal autoriza la demostración de los elementos constitutivos de la infracción, cualquiera que ésta sea, con los medios ordinarios de prueba, vale decir, sin otra limitación que su licitud.

Como las circunstancias que agravan o disminuyen la responsabilidad son dependientes del hecho principal calificado genéricamente, para los efectos de la prueba corren pareja suerte con él y se demuestran liberalmente.

En el expediente consta el parentesco de consanguinidad de los hermanos Martínez Pinilla, confesado por el recurrente y aceptado por sus progenitores. El procesado no lo objetó en las instancias. La censura se limitó a señalar su ausencia. Invocó, sí, la

causal primera de casación, pero no determinó, en cambio, el concepto de la violación ni la norma sustancial infringida por el sentenciador. Y la Corte no puede enmendar de oficio estos defectos ostensibles de la demanda que impiden su prosperidad.

Visto lo cual, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley no casa la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero, Esteban Bendeck Olivella, Conjuéz.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PRESCRIPCION EN EL ABUSO DE CONFIANZA

Momento en que el secuestre manifiesta inequívocamente la voluntad de no restituir los bienes recibidos en calidad de secuestro.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintisiete de noviembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de Casación interpuesto por Ricardo Gómez Aristizábal contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, mediante la cual el día veintiséis de abril del año en curso, confirmó la de primera instancia y lo condenó a la pena principal de quince (15) meses de prisión y a las accesorias de rigor, por el delito de abuso de confianza cometido en perjuicio de la sucesión de Jorge Luis Restrepo Puentes.

Antecedentes

“Doña Isabel Robledo presentó, por medio de memorial, denuncia penal contra el señor Ricardo Gómez Aristizábal, el día dos de julio de mil novecientos sesenta y nueve, para que se investigaran los hechos siguientes:

“Ella contrajo matrimonio católico con el señor Jorge Luis Restrepo Puentes, y éste decidió demandarla en juicio especial de simple separación de bienes ante los jueces del circuito de esta ciudad, correspondiendo por reparto el conocimiento de la petición principal, al Juzgado Segundo Civil del Circuito. Admitida la demanda se toma-

ron las medidas preventivas autorizadas por la ley, en consecuencia se decretó el embargo y secuestro de algunos bienes. Como algunos bienes se hallaban en el Municipio de Viterbo, Departamento de Caldas, el juzgado del conocimiento comisionó al Juzgado Promiscuo Municipal de aquella localidad, para la práctica de la diligencia de secuestro. El funcionario comisionado practicó la diligencia el día diez de abril de mil novecientos sesenta y cuatro, y al efecto se trasladó a la vereda “El Porvenir”, finca “La Cabaña” de propiedad de la demandada Isabel Robledo de Restrepo, y al momento de la diligencia se designó como depositario judicial al señor Ricardo Gómez Aristizábal.

“El secuestre designado recibió los bienes siguientes: ‘En una pieza o depósito se encontraron veinticuatro bultos de café seco de trilla y setenta arrobas del mismo grano; en tres carros del secadero una cantidad de café aproximado de diez arrobas, una vaca con cría, un torete blanco cebú, un toro cebú color blanco, una novilla negra, una ternera color canela, una color pavo de unos ocho años de edad aproximadamente, marcados estos animales con las iniciales I. R. entrelazadas: . . .’ En la finca ‘La Merced’ el secuestre recibió los bienes siguientes: ‘Un radio receptor de cuatro bandas marca ‘Grundig’, en buen estado con la siguiente leyenda en la tapa ‘EI 42 EBC9IEF93 BCh81’, un automóvil marca ‘Chevrolet’ (Belair), modelo 1954, automático, color capote marfil y azul claro, la carrocería, matrícula de Pereira, placas M. P. 1672; noventa cuartones de madera, on-

ce tablones, once bliqués, todos de madera de cedro y nogal, los cuales se encuentran almacenados en una pieza de la habitación ocupada por la señora de Robledo; nueve bultos de café pergamino que pesan aproximadamente tres arrobas cada uno, dos bultos de pasilla, catorce arrobas de café que se encuentran en los secadores..." En otra pieza se hallaron cuatro toneladas de madera de cedro... Se identificaron los siguientes semovientes de la finca: un buey blanco para carga, una vaca negra (horra), una blanca —vaca— de cabeza negra, todos marcados con las iniciales I. R. entrelazadas..."

"Luego el funcionario comisionado remitió las diligencias al juzgado comitente, y el secuestre entró a ejercer su cargo, y así consta en los autos, ya que la diligencia fue firmada por el juez, el secuestre, los interesados que intervinieron y el Secretario. En ella consta una relación de lo ocurrido, con especificación de los bienes secuestrados y de su estado.

"Ocurre que el demandante señor Jorge Luis Restrepo falleció, entonces el juicio de simple separación de bienes terminó por la muerte de uno de los cónyuges. Así se decretó por el juez competente mediante auto de mayo once de mil novecientos sesenta y cuatro, ordenando levantar las medidas preventivas, y que los secuestres devolvieran los bienes a las personas que los tenían en el momento de la diligencia. El día nueve de julio de mil novecientos sesenta y cuatro fue notificado personalmente el señor Ricardo Gómez Aristizábal, que había cesado en su cargo como tal, y que debía devolver los bienes a aquellas personas que los tenían al momento de la diligencia.

"El señor Ricardo Gómez Aristizábal, según la denunciante, hasta la fecha no ha cumplido con la obligación de devolver los bienes que recibió como secuestre, el día diez de abril de mil novecientos sesenta y cuatro, por parte del Juez Promiscuo Municipal de Viterbo. Agrega la denunciante que ante la negativa del secuestre en cumplir con la obligación lo demandó mediante juicio especial de rendición de cuentas. La decisión fue favorable a las pretensiones de la parte actora y en la sentencia se condenó a don Ricardo Gómez Aristizábal, para que dentro de un plazo de quince días

rindiera cuentas. El demandado no rindió cuentas en el término respectivo, y doña Isabel Robledo viuda de Restrepo promovió la ejecución principal fue rechazada (sic).

"El señor Ricardo Gómez Aristizábal continúa con la tenencia de los bienes entregados a él como secuestre. Por esta circunstancia la señora Isabel Robledo Vda. de Restrepo lo denuncia penalmente, como imputable del delito 'Del abuso de confianza y otras defraudaciones' (Fls. 178 a 181)".

Actuación procesal

El denuncia respectivo fue formulado por Isabel Robledo el dos de julio de mil novecientos sesenta y nueve, ante el Juzgado Penal Municipal —Reparto— de Pereira, contra Ricardo Gómez Aristizábal por los hechos relatados anteriormente.

El dieciséis de octubre de mil novecientos setenta el Juzgado Tercero Penal del Circuito llamó a juicio a Gómez Aristizábal y, en la misma providencia, negó la declaratoria de prescripción de la acción penal. Continuó la tramitación del juicio y el veintinueve de mayo de mil novecientos setenta y uno profirió sentencia de primer grado, condenando al enjuiciado a la pena principal de seis (6) meses de prisión y a las accesorias de ley. Impugnado el fallo, el Tribunal de Pereira, en diciembre dieciséis del mismo año, declaró nulo lo actuado en el proceso a partir del auto calificadorio por haberse incurrido en error en cuanto a la época en que se cometió el delito, la cual fijó la Corporación en 14 de abril de 1967 y no en 9 de julio de 1964, como lo había señalado el juez de primera instancia.

Nuevamente se calificó el negocio el treinta y uno de enero de 1972 y el auto de vocación a juicio contra Ricardo Gómez Aristizábal quedó ejecutoriado el 9 de junio del mismo año.

El veintisiete de abril último fue confirmada la sentencia condenatoria de primera instancia. Se interpuso oportunamente el recurso de casación.

Tramitado en debida forma, dentro de los términos de traslado a las partes, fue presentada la demanda y la Corte la declaró ajustada, en su forma, a las prescripciones de ley por auto de agosto catorce presente.

La demanda de casación

Al amparo de las causales cuarta y primera, el abogado Enrique Uribe Reyes, en su condición de apoderado especial de Ricardo Gómez Aristizábal, impugna la sentencia de segundo grado, así:

Cargo primero

Haberse dictado sentencia en un proceso viciado de nulidad, con violación del numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal —incompetencia del Juez—.

Se afirma que cuando el Tribunal Superior de Pereira dio como demostrados plenamente el cuerpo del delito de abuso de confianza y la consiguiente responsabilidad que en él cabía al acusado, con la copia de la diligencia de secuestro, el testimonio de la denunciante y su propia confesión sobre la no entrega de los bienes recibidos en depósito, incurrió en la incompetencia del juez, puesto que la sentencia señala como fecha de la comisión del delito el trece de abril de mil novecientos sesenta y siete, o sea, la misma en que venció el plazo de quince (15) días otorgado a Gómez Aristizábal para que rindiera cuentas de su gestión como depositario en el juicio de separación de bienes del que da cuenta el resumen de los hechos, plazo que le fue señalado por sentencia notificada el veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y siete.

Asegura el recurrente, con apoyo en el salvamento de voto suscrito por el Magistrado William Gómez Villegas, que el delito presuntamente cometido por su patrocinado, se consumó, en hipótesis, el nueve de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, cuando se le intimó restitución de bienes, en su condición de secuestro, a quienes los tenían el día de la diligencia, y no los entregó. De aquí deduce que el dieciséis de octubre de mil novecientos setenta —ejecutoria del auto de proceder— había prescrito la acción penal, teniendo en cuenta que las disposiciones aplicables al delito imputado a su defendido, son las contenidas en los artículos 412, 413 y 414 del Código Penal. Y agrega que como la pena máxima imponible para el abuso de confianza es la de

nueve años de prisión, y el artículo 45 del Código Penal limita dicho máximo a ocho (8) años, haciendo la conversión pertinente a estos casos, se obtiene un resultado límite de seis años de presidio (artículo 60 del Código Penal), tiempo que para entonces había corrido en exceso.

El salvamento de voto del Magistrado William Gómez Villegas, que inspiró la censura del recurrente, dice en sus apartados sobresalientes:

“Desde un principio sostuve que debió decretarse la nulidad de lo actuado a partir del auto de proceder, dado que en la fecha en que fue proferido, la acción penal se hallaba prescrita. Porque, a mi juicio, el reo cometió el delito el nueve (9) de julio de 1964, fecha en la cual se le intimó la restitución de los bienes y no los entregó. De manera que para el 16 de octubre de 1970 ya habían transcurrido seis años, los necesarios para la prescripción de la acción penal. Teniendo en cuenta las disposiciones violadas (Arts. 412, 413 y 414 del C. Penal), la pena máxima imponible para el abuso de confianza son nueve años de prisión. Mas, como el artículo 45 del Código Penal dice que el máximo de la pena de prisión son ocho años, debe hacerse la conversión como lo ha sostenido la honorable Corte para estos casos (Gaceta Judicial Nº 2281, página 178) dando como resultado seis años de presidio (Art. 60, C. Penal) como pena máxima.

“Y sostengo que el delito se consumó el nueve de julio de 1964 por cuanto al reo se le notificó que había cesado en el ejercicio de sus funciones y que debía entregar los bienes. No lo hizo, ni menos manifestó su intención de entregarlos (alegando por ejemplo el pago de expensas), sino que por el contrario prefirió guardar un prolongado silencio de dos años; cambiar de domicilio sin hacerlo saber, etc., que de por sí denunciaban la apropiación; indicaban que cuando se le notificó guardó silencio y no entregó, hacía suyos los bienes, consumaba el delito. Esos hechos posteriores, intermedios se llaman indicios, que según el artículo 229 del Código Penal son hechos de los que se infiere lógicamente la existencia de otros hechos”.

“... ..”

"En el proyecto se ha reconocido un derecho que no fue alegado en su oportunidad (precisamente porque no se tenía), o sea el nueve de julio de 1964, y ese reclamo apenas se insinúa o alega cinco años después y eso como medida defensiva ante los cargos hechos en una indagatoria.

"No comparto la tesis de que por no haber rendido las cuentas, en ese momento se manifestó la intención de apropiación, pues ya existían hechos y estados que permitían deducir esa intención. Ante ese criterio expuesto en el proyecto, me pregunto, si hoy en diciembre de 1971, es decir, a los siete años de entregadas las cosas (y a los mismos siete años de tenerlas injustificadamente, ya que a los tres meses de haberle sido entregadas se le notificó que había cesado en sus funciones y que debía entregar) no se le hubiese iniciado o promovido el juicio de rendición de cuentas, tenía derecho a seguir las teniendo o reteniendo, sin que se advirtiera que se las había apropiado desde el nueve de julio de 1964 porque su silencio y su cambio de domicilio y el tiempo por demás, así lo indicaban?"

"....."

"Se dice en el proyecto que el 14 de abril de 1967 'cesó el derecho de retención'. Preguntó, ¿cuál derecho? Se le está reconociendo al reo un derecho que no tenía ni tiene y que no alegó en su oportunidad; no hay que confundir la retención como derecho, con la retención como una de las formas de consumación del delito de abuso de confianza. En el caso a estudio el sindicado retuvo para apropiar, pero no retuvo para alegar un derecho.

"La tesis expuesta en el proyecto de mayoría, a mi juicio, no consulta la política criminal, ni la lógica jurídica, y ello por cuanto repito; si a Gómez Aristizábal no se le hubiese adelantado juicio de rendición de cuentas, hoy todavía estaría detentando los bienes, sin que nadie se diera cuenta de que se los había apropiado, de que había cometido un delito a partir del nueve de abril de 1964, fecha en que se le dijo por la autoridad que había cesado en sus funciones y que entregara los bienes, dando como respuesta un prolongado silencio y un cambio de domicilio.

"¿Por qué Gómez Aristizábal no rindió las mal llamadas cuentas? Precisamente

porque a partir del nueve de julio de 1964 ya se había apropiado de las cosas que le fueron entregadas. Esa conducta posterior apenas está confirmando aquella apropiación. Y esa negativa del juicio de rendición de cuentas no se necesitaba para concluir que Gómez Aristizábal había cometido un delito, dado que su conducta anterior evidentemente estaba demostrando la consumación del delito. La no entrega ante la notificación de la autoridad, el silencio guardado y el cambio de domicilio, eran hechos que permitían descubrir la intención que tuvo de apropiarse de los bienes. Desde cuándo los hizo suyos? Desde que obligado a entregar no entregó, ni alegó derecho alguno. Y no alegó porque no lo tenía. Que no se necesitaba el juicio civil sabiamente lo dice el propio Magistrado ponente doctor Daniel Giraldo Jaramillo en extraordinaria providencia de fecha septiembre 12 de 1970 (Fl. 221), entrando así en abierta contradicción con su actual proyecto".

Respuesta del Procurador

Anota que la cuestión por resolver radica fundamentalmente en identificar el momento preciso en que el procesado exteriorizó el ánimo de apropiarse los bienes recibidos en la diligencia de secuestro en abril de mil novecientos sesenta y cuatro, en el juicio de separación de bienes de los esposos Jorge Luis Restrepo Puentes e Isabel Robledo de Restrepo, surtido ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira.

Acorde con el recurrente, igualmente apoya su concepto en el salvamento de voto del Magistrado William Gómez Villegas, cuyos apartes pertinentes se transcribieron líneas arriba, y concluye:

"De ser cierto lo que se ha planteado como lo cree esta Procuraduría Delegada, para la fecha en que se declara ejecutoriado el auto de enjuiciamiento, 2 de diciembre de 1970 (Fl. 242) ya estaba prescrita la acción penal no interrumpida por el vocatorio a juicio, ni renunciada por el procesado, desintegrándose, se repite, la competencia de juez para hacer ordenamiento diferente, se vuelve a repetir, precisamente al de declarar que por cuanto se extinguió la acción, cesaba todo procedimiento en contra

del sindicado. Al no haberse actuado así, es incuestionable que la primera causal de nulidad que presenta el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal viciaba todo lo actuado, por lo cual la causal 4ª de casación escogida por el demandante para acusar el fallo recurrido es la pertinente, y, en consecuencia, aceptándose el cargo, corresponde a la honorable Sala de Casación Penal decretar la nulidad solicitada dando aplicación a la regla 3ª del artículo 583 de la ley procesal penal como respetuosamente lo solicita la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal".

Se considera

El recurrente y el Procurador Primero Delegado en lo Penal señalan el día nueve de julio de mil novecientos sesenta y cuatro como punto límite de la consumación del delito investigado. Aseguran los dos que en esa fecha se notificó personalmente al secuestre Gómez Aristizábal la orden de restituir los bienes recibidos en depósito, en el juicio de separación de bienes del matrimonio Restrepo-Robledo. Y por este modo coinciden con el criterio expresado sobre el particular en su salvamento de voto por el doctor William Gómez Villegas, Magistrado del Tribunal Superior de Pereira.

Los tres aseguran que cuando el secuestre, en esa fecha, y en los días inmediatamente siguientes hizo caso omiso de la orden impartida por el juez del conocimiento de entregar los bienes a quienes los tenían antes de la diligencia, los retuvo indebidamente y con su conducta exteriorizó el ánimo de apropiárselos.

Agregan que desde el 9 de julio de 1964 al 9 de junio de mil novecientos setenta y dos (1972), cuando quedó ejecutoriado el auto de proceder, habían corrido más de seis años, y la pena aplicable al caso concreto, una vez realizados los cómputos de ley no era en ningún caso superior a esa cifra, la prescripción se operó dentro de ese término, y la sentencia condenatoria se profirió en juicio viciado de nulidad, con violación del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, cuyo numeral primero prescribe la incompetencia del juez, pues carecía de ella para decidir en el fondo del negocio sub examine y la tenía solamente

para cesar el procedimiento por encontrarse extinguida la acción penal.

Pero el Tribunal Superior de Pereira, por su parte, sostiene que el delito se cometió el 14 de abril de 1967, porque solamente entonces venció el término señalado judicialmente para que el secuestre rindiera cuentas, y se hizo patente o inequívoco su ánimo de apropiación de los bienes recibidos.

Dice bien el Procurador Primero Delegado en lo Penal que el punto por determinar es cuál de las dos fechas puestas en cuestión por el Tribunal Superior de Pereira y por la censura, es la de consumación de los hechos investigados. Si la primera, o sea el 9 de julio de 1964, no sería discutible que la sentencia recurrida fue dictada en juicio viciado de nulidad, cuando había prescrito la acción penal y el juez del conocimiento carecía de competencia para tal pronunciamiento, conservándola para los solos efectos anteriormente anotados.

Ha de anotarse que mientras permanece el secuestre en ejercicio de sus funciones, tiene la obligación principal de conservar las cosas puestas bajo su cuidado. Como consecuencia lógica de esta obligación tiene el derecho correlativo de vender aquellas que por su naturaleza puedan deteriorarse o consumirse durante el lapso de su gestión. Debe asimismo administrar los bienes recibidos y procurar su rendimiento.

Cuando su mandato termina, debe restituir los bienes que se le confiaron en depósito, a la persona o personas indicadas por el funcionario competente, y rendir cuentas, si le son exigidas.

Gómez Aristizábal tenía a su favor el derecho de reclamar el pago de honorarios por su administración y el de los gastos que le hubiere causado la conservación de la cosa.

Pero este derecho no surge espontáneo como consecuencia implícita de haberse terminado la gestión del secuestre, sino que debe alegarse expresamente, y probarse a satisfacción dentro del incidente de rendición de cuentas.

Las dos obligaciones —devolución de bienes, al término de la gestión, y rendición de cuentas— son independientes. Puede operarse la rendición de cuentas sin devolución de bienes, o ésta sin aquélla. Puede probar-

se por el secuestro que las erogaciones causadas por la conservación de los bienes, rebasaron su valor, y puede entregar éstos, a satisfacción de sus propietarios, sin que se le exijan cuentas.

Dicho lo anterior, cabe, ahora sí, preguntarse si en el caso que se examina, notificado el procesado por el Juez Segundo del Circuito Civil de Pereira, el nueve de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, de que había terminado el juicio de separación de bienes del matrimonio Restrepo-Robledo, por muerte del marido, y que, por tanto, cesante en sus funciones, como auxiliar de la justicia, debía restituir los bienes a quienes los tuvieron con anterioridad a la diligencia de secuestro, surgió para él, sin más, la obligación de hacerlo, perentoriamente, y su silencio entraña —como lo afirman el recurrente, el Magistrado disidente y el Procurador Primero Delegado en lo Penal—, renuencia inequívoca, retención indebida, ánimo deliberado de apropiación de los bienes confiados por un título no traslativo de dominio, y si no podía el depositario esperar prudentemente que se presentaran a reclamárselos quienes entre los herederos, en el juicio de sucesión de Jorge Luis Restrepo Puentes, exhibieran mejor derecho a recibirlos.

Esto, en parte, fue lo que alegó Gómez Aristizábal.

Tres años después del tiempo en que el recurrente supone tuvo fin el encargo judicial a Gómez Aristizábal, con ocasión de haberse archivado el juicio de separación de bienes entre los esposos Restrepo-Robledo, en 1967 doña Isabel de Restrepo, a nombre de la sucesión de su esposo demandó al secuestro en acción de rendición de cuentas ante el Juzgado Sexto Civil Municipal de Pereira, y el 14 de febrero de ese año, en providencia que le fue notificada el día veintisiete del mismo mes, se le ordenó rendir cuentas de la administración de bienes que se le confiaron en la diligencia de secuestro el 10 de abril de 1964, y se le señaló un término de quince días para hacerlo.

Gómez Aristizábal no cumplió las órdenes anteriores, y dos años después doña Isabel Robledo viuda de Restrepo presentó formal denuncia en su contra por “abuso de confianza y otras defraudaciones”, de-

nuncia que tuvo culminación en la sentencia que ha sido objeto del presente recurso de casación.

Aclarado que el procesado Ricardo Gómez Aristizábal fue notificado en dos ocasiones para que hiciera restitución de los bienes que se le entregaron en la diligencia de secuestro llevada a cabo en el juicio de separación de bienes —una en 1964, y otra en 1967—, y que en ninguna de ellas dio obediencia a las órdenes impartidas por los jueces competentes, se trata de precisar ahora, para los efectos de la prescripción alegada en el cargo que se examina, en cuál de las dos oportunidades mencionadas se hizo ostensible, de su parte, en forma inequívoca la voluntad de apoderamiento de los bienes que se le confiaron judicialmente.

Es cierto que en julio de 1964 se le notificó personalmente que debía restituir los bienes del secuestro a quienes los tenían antes de esta diligencia. Pero entonces no se le señaló plazo para llevarlo a efecto. En 1967, la orden judicial de 14 de febrero, notificada por Edicto fijado el 27 del mismo mes, otorgó a Gómez Aristizábal, para cumplir con la obligación impuesta, término de 15 días, vencido el cual, resulta a todas luces cierto que fue en seguida cuando se manifestó inequívoca su voluntad de no restituir los bienes recibidos, vale decir, de apropiárselos.

Como el sumario fue calificado, por segunda vez, el treinta y uno de enero de mil novecientos setenta y dos y el auto de proceder quedó ejecutoriado el 9 de junio inmediatamente siguiente, para esa fecha no había corrido aún el tiempo de seis años, indispensable en este caso concreto para que legalmente tuviese ocurrencia el fenómeno prescriptivo, tanto porque la cuantía del ilícito, de conformidad con el dictamen pericial, fue superior a los diez mil pesos, como porque no es discutible que el procesado cometió el delito abusando de las funciones de auxiliar de la justicia. Y es evidente asimismo que de la fecha de ejecutoria del auto de proceder a la de hoy, no ha corrido siquiera un tiempo igual al mínimo señalado en el último inciso del artículo 105 del Código Penal.

Ello indica que el veintiséis de abril de 1973, fecha en la cual el Tribunal de Pereira profirió el fallo recurrido, gozaba de la

plenitud de la competencia, y no simplemente de la competencia relativa para declarar prescrita la acción penal, como lo pretenden el recurrente y el Ministerio Público. El cargo no prospera.

Causal primera

Se enuncia diciendo que "los hechos atribuidos al procesado" no son delito de abuso de confianza, ni otro cualquiera.

Se ocupa a continuación la censura en la demostración de sus pretensiones, pero omite expresar el concepto de la violación y no indica qué norma o normas de carácter sustancial considera violadas por el sentenciador, ni en qué forma —si por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, o por equivocada apreciación de las pruebas—, en cuya hipótesis, como claramente lo especifica el artículo 580, invocado por el recurrente, en el apartado segundo de su numeral primero, "si la violación de la ley proviene de aprecia-

ción errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o error de hecho que aparezca manifiesto en los autos". Sobre el particular ha sido reiterada la doctrina de la Corte en el sentido de expresar que sin estos requisitos mínimos no puede ser examinada la impugnación.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DELITO DE FUGA

No es circunstancia agravante en el delito, el hecho de que esté cumpliendo una condena, como tampoco es circunstancia atenuadora de la pena, el hecho de que esté cumpliendo una condena por contravención. — Las dos son hipótesis específicas del delito de fuga. — Respecto de las cuales, como para la evasión, de quien se encuentra en detención preventiva, juega la circunstancia agravadora de la pena, por el empleo de la violencia contra las personas o las cosas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre veintiocho de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de casación que interpone el Físcal 1º del Tribunal Superior de Cúcuta contra la sentencia de esa Corporación Judicial, de 8 de septiembre de 1972, por la cual fueron condenados a penas privativas de la libertad las personas que adelante habrán de mencionarse, por fuga de presos. Conoció en primera instancia el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad.

Hechos

El demandante hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

“Debajo del patio principal de la Penitenciaría Nacional de Cúcuta, corre la cloaca máxima del alcantarillado de la ciudad, que tiene, aproximadamente, cinco metros de altura por cuatro de anchura. Frente al taller de zapatería, en un sitio rodeado de llantas, formando una especie de muro de considerable altura, cavaron los procesados un agujero, con capacidad suficiente para que pasara una persona, hasta llegar a la mencionada cloaca, y utilizando un lazo,

con nudos a escala, para descender, el día cinco de junio de mil novecientos sesenta y ocho se evadieron...” numerosos reclusos, por cuya fuga, perfeccionada la averiguación y llamados a juicio, fueron condenados, así:

a) A la pena principal de un año y cuatro meses de prisión a Luis Amaya Serrano o Ricardo Sánchez o Luis Arroyo Serrano (a. ‘Garrapata’), Jorge Eliécer Corredor Vargas, Pedro Gómez Peralta o Ricardo González G. (a. ‘El Chico Pepe’), Luis Francisco Monsalve (a. ‘Pachito’), Miguel Antonio Ortega Colmenares (a. ‘El Gavilán’), Jorge E. García Cáceres, Jaime Pérez Gómez, Angel Ignacio Pérez Guerrero, Alberto Pérez Rodríguez, Marco Antonio Sánchez, Luis Carlos Sánchez Alzate, Horacio Silva Bueno y Leonardo Torres (a. ‘El Pastuso’);

b) A la pena principal de un año y ocho meses de prisión a Parmenio Zárate Ortiz o José del Carmen Urbina o Arturo Caballero Villamizar y Gustavo Palacios Rojas;

c) A la pena principal de cuatro años de prisión a Vicente Alvarado Cárdenas, Filimón o Filemón Cala Amaya, Benjamín Rodríguez y Jesús Sierra Rojas o Ramón Parra Contreras (a. ‘Cara de Papa’);

d) A la pena principal de cuatro años, cinco meses y diez días de prisión a Aniano Buitrago Forero, Darío Cedeño Aguiar o Aguilar, Aníbal Durán Sánchez, Alfonso González, Alberto Molina Londoño o Hervey Gómez o Guillermo N. Modesto Ochoa (a. ‘El Chacharo’), Julio Pérez Pérez, Graciano Rivera Serrano, Alejandrino Rivera

Serrano, Jesús Rojas, Pedro Robayo Ospina o Nivea y Luis Felipe Sierra Bonilla;

e) A la pena principal de cinco años de prisión a Luis Antonio Acosta Bohórquez o Pedro Maldonado o Pedro Pablo Maldonado González o Angel María Quintero Velásquez o Pérez Pérez o Manuel o José de Jesús Pérez Acosta o Luis Antonio Acosta Pérez, o Manuel Pérez Ruiz, o Jorge Prieto (a. 'El Pecos'), Alcibiades Barrios Alvarez, Edgar Clemente Moreno Herazo (a. 'El Pastuso') y Ricardo Manrique o Jorge Ulises Franco Luna o Gilberto López o William Almanza Zafra o Enrique Urrea Carrillo (a. 'El Mago').

Demanda de casación

Invoca el actor la causal primera de casación, pues anota que la sentencia impugnada es "violatoria de la ley sustancial", porque "el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 34 del Código Penal", en cuanto a los acusados Luis Antonio Bohórquez, Aniano Buitrago Forero, Darío Cedeño Aguiar o Aguilar, Aníbal Durán Sánchez, Alfonso González, Alberto Molina Londoño, Modesto Ochoa, Julio Pérez Pérez, Graciano Rivera Serrano, Alejandrino Rivera Serrano, Jesús Rojas, Pedro Robayo Ospina o Nivea y Luis Felipe Sierra Bonilla, "quienes, según se expresa, tenían en el momento de la evasión la calidad de condenados y por ello se les dedujo este hecho como agravante del delito de fuga, al sancionárseles de conformidad con el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 236 de 1957, y también como agravante del mismo la reincidencia, pues se les aumentó las penas en la proporción indicada en el artículo 34 del Código Penal".

Agrega el demandante que "se quebrantó, en consecuencia, el principio 'non bis in idem', ya que un mismo hecho sirvió para agravar la pena dos veces".

Asimismo, observa que existe violación del mismo precepto del artículo 34 del Código Penal respecto de los procesados Alcibiades Barrios Alvarez y Edgar Clemente Moreno Herazo, pues no son reincidentes por segunda vez, como se dice en la sentencia recurrida, pues si bien ya habían sufrido dos condenas cuando ocurrió la fuga, mal podía tomarsen las dos para la dosimetría

de la reincidencia y de esas dos una de ellas para agravar la sanción por la fuga, pues se incurre en desconocimiento del referido principio 'non bis in idem'.

De otra parte, manifiesta el actor que el ordinal 2º del artículo 37 del Código Penal, en cuanto se dice allí que es circunstancia de mayor peligrosidad "el haber incurrido, anteriormente, en condenaciones judiciales o de policía", no podía aplicarse, como lo hizo el juzgador de segunda instancia en este proceso, pues tal caso está previsto como circunstancia específica de agravación del delito de fuga, también tomada en consideración en el fallo acusado, pues lleva a otra violación del referido principio "non bis in idem". Y esto se hizo en la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta con los sindicados Vicente Alvarado Cárdenas, Filemón Cala Amaya, Ricardo Manrique o Jorge Ulises Franco Luna o Enrique Urrea Carrillo o William Almanza Zafra o Gilberto López y Benjamín Rodríguez, "pues... se les dedujo la agravante del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 236 de 1957 y la circunstancia de gravación o de mayor peligrosidad prevista en el ordinal 2º del artículo 37 del Código Penal".

Y, para concluir, dice el actor:

"En resumen, debe esa honorable Corporación hacer una nueva graduación de las penas impuestas a los procesados que tenían la condición de condenados, determinados anteriormente, para descartar la agravante de la reincidencia en los casos de los procesados Luis Antonio Acosta Bohórquez, Aniano Buitrago Forero, Darío Cedeño Aguiar o Aguilar, Aníbal Durán Sánchez, Alfonso González, Alberto Molina Londoño, Modesto Ochoa, Julio Pérez Pérez, Graciano Rivera Serrano, Jesús Rojas, Pedro Robayo Ospina o Nivea y Luis Felipe Sierra Bonilla; para considerar como reincidentes por primera vez a los procesados Alcibiades Barrios Alvarez y Edgar Clemente Moreno Herazo; y para desechar la circunstancia de mayor peligrosidad del ordinal 2º del artículo 37 del Código Penal, en los casos de Vicente Alvarado Cárdenas, Filemón o Filemón Amaya, Ricardo Manrique o Jorge Ulises Franco Luna o Enrique Urrea Carrillo o William Almanza Zafra o Gilberto López y Benjamín Rodríguez".

Considera la Corte

En cuanto al cargo que el actor propone a través del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal —violación de la ley sustancial por aplicación indebida—, se tiene lo siguiente:

1. El artículo 1º del Decreto 236 de 1957, preceptúa en cuanto al delito de fuga de presos:

“El que se fugue, estando en detención preventiva, incurrirá en prisión de ocho meses a dos años.

“Si se tratare de un condenado por delitos o por estado de especial peligrosidad social, la sanción será de dos a cinco años de prisión.

“Si la fuga se realizare mientras se purga pena por contravención, la sanción será de uno a seis meses de arresto.

“La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad si la fuga se verificare empleando violencias contra las personas o las cosas”.

La norma transcrita contempla tres hipótesis del ilícito, respecto de las cuales se ha señalado específicamente la sanción correspondiente, a saber:

a) La evasión de quien se halla en detención preventiva: Prisión de ocho meses a dos años;

b) La evasión de quien ha sido condenado por delito o por estado de especial peligrosidad social: Prisión de dos a cinco años;

c) La evasión de quien purga pena por contravención: Arresto de uno a seis meses.

Para cualesquiera de las tres anteriores hipótesis se ha previsto la circunstancia agravante del empleo de violencias contra las personas o las cosas para lograr la evasión: Aumento de la pena privativa de la libertad de una tercera parte a la mitad.

Así, pues, no se trata de que la fuga de quien cumple pena privativa de la libertad por delito sea una circunstancia agravante, ni que la evasión de quien esté privado de la libertad por haber sido condenado por contravención dé lugar a una circunstancia atenuadora de la pena. Estas dos eventualidades son, como se dejó dicho, hipótesis específicas del delito de fuga, respecto de las cuales, como para la evasión de quien apenas se encuentra en detención precau-

telativa, juega la circunstancia agravadora de la pena por el empleo de violencias contra las personas o las cosas para lograr la fuga.

2. El artículo 34 del Código Penal, que se ocupa de la denominada en la doctrina reincidencia ficta, dispone:

“El que después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito, incurrirá en la sanción que a éste corresponda, aumentada en una tercera parte para la primera reincidencia y en la mitad para las demás, siempre que el nuevo delito se haya cometido antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la condena. La multa deberá aplicarse en medida no inferior al doble.

“Además de las penas establecidas en el inciso anterior, de la segunda reincidencia en adelante se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola penal, por cinco a quince años, cuando la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, demuestren en él una tendencia persistente al delito”.

Este motivo de agravación de las sanciones no implica, como lo expresa la Corte en sentencia de 25 de abril de 1969 (G. J., T. CXXX, Pág. 220), “que la pena impuesta se hubiere purgado efectivamente, ni siquiera que se hubiere mandado ejecutar o hacer cumplir el fallo...”, pudiendo deducirse así “el reo hubiere estado huyendo y a pesar de que por el primer delito se hubiere otorgado la condena condicional o el perdón judicial”.

3. El artículo 37 del Código Penal, al referirse a las circunstancias de mayor peligrosidad, anota que es una de ellas “el haber incurrido anteriormente, en condenaciones judiciales o de policía”. Y se anota en tal precepto que este motivo y los demás que allí se indican, “agravan la responsabilidad del agente, en cuanto no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del delito”.

4. Es obvio que la reincidencia obra aun respecto de delitos que no conllevan penas privativas de la libertad. Pero es evidente que quien se fuga cuando está cumpliendo una sanción restrictiva de esa libertad, habida cuenta que la condena que origina su

encarcelación se toma en consideración para fijar una represión mayor que la prevista para quien se evade estando, apenas, detenido preventivamente, mal puede tomarse en cuenta el delito que dio lugar a esa condena, también, para aumentar la sanción con base en la reincidencia, pues se contradice el principio "non bis in idem".

5. De igual manera, a quien incurre en el delito de fuga cuando cumple una condena no puede tomársele en consideración la citada circunstancia de mayor peligrosidad del ordinal 2º del artículo 37 del Código Penal, pues esa condena que dio motivo a la encarcelación está indicada como condición estructuradora del caso de fuga de presos que reprime el referido artículo 1º del Decreto 236 de 1957, y sería tomar con doble alcance una misma circunstancia agravadora de la responsabilidad.

Prospera, en consecuencia, la causal primera de casación aducida y corresponde, por tanto, aplicar el ordinal 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

A tal efecto, habrá de hacerse la reducción de la pena en los casos en que, en las instancias, aplicó el juzgador los artículos 34 y 37-2 del Código Penal, en concurrencia con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 236 de 1957.

En lo demás, debe estarse a lo resuelto en la providencia recurrida.

Se tiene lo siguiente:

1º A los procesados Luis Antonio Acosta Bohórquez, Alcibiades Barrios Alvarez, condenados a la pena de cinco años de prisión, como reincidentes por primera vez, se les deduce la tercera parte de la sanción, quedando la pena imponible en tres años y cuatro meses de prisión.

2º A los procesados Aniano Buitrago Forero, Darío Cedeño, Aníbal Durán Sánchez, Alfonso González, Alberto Molina Londoño, Modesto Ochoa, Julio Pérez Pérez, Graciano Rivera Serrano, Jesús Rojas, Pedro Robayo Ospina o Nivea, Luis Felipe Sierra Bonilla, condenados a cuatro años, cinco meses y diez días de prisión, también como reincidentes por primera vez, cabe disminuirles la tercera parte de tal sanción, quedando la pena imponible en tres años, dos meses y siete días de prisión.

3º A los procesados Alcibiades Barrios Alvarez y Edgar Clemente Moreno Herazo,

condenados a cinco años de prisión como reincidentes por segunda vez, cabe señalarles la pena de tres años y cuatro meses de prisión, tomando en cuenta sólo la primera reincidencia, originada en condenaciones distintas de las que motivaron la fuga.

4º A los procesados Vicente Alvarado Cárdenas, Filimón o Filemón Cala Amaya, Benjamín Rodríguez, condenados a cuatro años de prisión, para quienes se tuvo en cuenta la circunstancia de mayor peligrosidad del ordinal 2º del artículo 37 del Código Penal, cabe disminuirles tres meses de prisión, quedando la pena imponible en tres años y nueve meses de prisión.

5º Al procesado Ricardo Manrique o Jorge Ulises Franco Luna o Enrique Urrea Carrillo o William Almanza Zafra o Gilberto López, condenado a cinco años de prisión, se le rebaja dicha pena en tres meses, quedando como sanción privativa de la libertad imponible la de cuatro años y nueve meses de prisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta, de que se hizo referencia, y, en su lugar,

Resuelve:

1º Imponer a los procesados Luis Antonio Acosta Bohórquez y Alcibiades Barrios Alvarez la pena principal de tres años y cuatro meses de prisión, para cada uno, como responsables del delito de fuga de presos.

2º Imponer a los procesados Aniano Buitrago Forero, Darío Cedeño, Aníbal Durán Sánchez, Alfonso González, Alberto Molina Londoño, Modesto Ochoa, Julio Pérez Pérez, Graciano Rivera Serrano, Jesús Rojas, Pedro Robayo Ospina o Nivea, Luis Felipe Sierra Bonilla, la pena principal de tres años, dos meses y siete días de prisión, como responsables del delito de fuga de presos.

3º Imponer a los procesados Alcibiades Barrios Alvarez y Edgar Clemente Moreno Herazo la pena principal de tres años y cuatro meses de prisión, como responsables del delito de fuga de presos.

4º Imponer a los procesados Vicente Alvarado Cárdenas, Filimón o Filemón Cala Amaya, Benjamín Rodríguez, la pena principal de tres años y nueve meses de prisión, como responsables del delito de fuga.

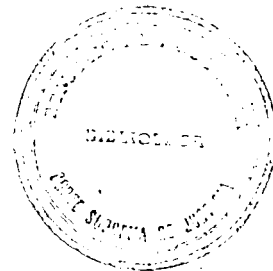
5º Imponer al procesado Ricardo Manrique o Jorge Ulises Franco Luna o Enrique Urrea Carrillo o William Almanza Zafra o Gilberto López, la pena principal de cuatro años y nueve meses de prisión, como responsable del delito de fuga de presos.

6º En lo demás rige la sentencia objeto del recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.



VEREDICTO CONTRADICTORIO

Veredicto contradictorio es aquel en que sus términos resultan inconciliables porque se destruyen mutuamente, en atención a que implican afirmación y negación al mismo tiempo, pues una de sus voces excluye lo que la otra acepta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre veintiocho (28) de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Agotado el trámite pertinente, entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de treinta de diciembre último, por la cual, al confirmar la de primer grado, impone a Rosa Eugenia Buendía o María Eugenia Betancur Sáenz la pena principal de cinco años de presidio como responsable de homicidio cometido en la persona de Sergina Valencia Castrillón.

Conoció en primera instancia el Juzgado Octavo Superior de la misma ciudad.

Hechos y desarrollo del proceso

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal anota al respecto:

“En la noche del 14 al 15 de enero de 1972 la señora Sergina Valencia Castrillón recibió disparo de arma de fuego en el parietal izquierdo, con orificio de salida por el lado derecho, que le causó la muerte en una clínica de la ciudad de Medellín a donde fue llevada en estado de inconsciencia. Desde el primer momento se señaló a Rosa Eugenia Betancur como autora del hecho

y con fundamento en las pruebas recaudadas, se le privó preventivamente de la libertad por auto del siete de febrero del año pasado.

“La etapa instructiva culminó con el auto del 8 de julio de 1972, por el cual el Juzgado 8º Superior de Medellín llamó a juicio con intervención del jurado a Rosa Eugenia Betancur por homicidio simple en Sergina Valencia, decisión confirmada por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial en proveído del veintiséis de septiembre (Fls. 284, 304 y ss.).

“Al jurado de conciencia se le propuso un cuestionario en acuerdo con el auto de proceder, el cual contestó así: ‘Sí, pero no hallamos evidencia en cuanto al propósito’. Los juzgadores de instancia aceptaron el veredicto y entendieron que se acomodaba a la figura del homicidio preterintencional y condenaron a Rosa Eugenia Betancur a cinco años de presidio, con aplicación de lo dispuesto en los artículos 6º del Decreto 1988 de octubre de 1971 y 365 del Código Penal”.

Demanda y respuesta del Ministerio Público

El actor propone las causales segunda, tercera y cuarta, de que trata el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y anota que las dos primeras las invoca como principales y la última como subsidiaria.

En síntesis, expresa el demandante:

a) Causal segunda

Desacuerdo de la sentencia con el veredicto.

Luego de anotar el actor que equivocadamente el juzgador en las instancias especificó el cargo en la parte resolutive del auto de proceder, asevera que la sentencia impugnada está en desacuerdo con el veredicto del jurado, pues el alcance de éste es el de que los jueces de hecho absuelven a la acusada, y no la de afirmar su responsabilidad preterintencional.

La sustentación del cargo es la que pasa a transcribirse:

"1ª De acuerdo con el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, 'en los procesos con intervención del jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate'. Esa respuesta, como lo ordena el artículo 533 ibídem, debe acoplarse al cuestionario que el juez, en la audiencia pública somete a la deliberación de los jueces de conciencia, en el que se interroga si el acusado 'es responsable de los hechos (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder determinando las circunstancias que lo constituyan, sin darles denominación jurídica)'.

"2ª Dentro de este desarrollo, el veredicto, como lo enseña el artículo 535 del Código de que se viene hablando, debe consistir en responder con un 'sí' o un 'no' quedándole al jurado la facultad, 'cuando juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario'..., de... 'expresarlo así brevemente en la contestación'.

"3ª Dentro de los requisitos del auto de proceder la parte final del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, establece: 'La parte resolutive 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 determi-

nar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable'.

"4ª Tal como se concretó el cargo en la parte resolutive del auto de proceder, el juzgado no se limitó a llamar a juicio por el delito de 'homicidio', denominación que es la que da el Capítulo I, Título XV del Libro 2º del Código Penal, sino que indicó la especie, alterando al mismo tiempo la definición que del homicidio común trae el artículo 362 del Código Sustantivo, particularmente en cuanto a la fórmula integrante del elemento moral o dolo de la infracción, puesto que en lugar de consignar que el hecho se cometió 'con el propósito de matar', empleó la fórmula de 'haber obrado con intención de matar', sabido como es que la palabra 'intención' no la adopta el estatuto penal vigente.

"5ª Si al anterior error y falla procesal se añade que la resolución enjuiciatoria incluyó otra intención específica: 'haber lesionado intencionalmente', esa agregación tautológica contraría la integración jurídica del artículo 371 del Código Penal, pues cuando se trata de lesiones personales la disposición simplemente dice: 'El que sin intención de matar', y contraría el estatuto legal del homicidio ultraintencional, porque éste ocurre o se integra cuando se ocasiona la muerte de otra persona, mediante el propósito específico de perpetrar una lesión personal.

"6ª Cuando se trata de un homicidio común, hay propósito de matar; cuando se trata de un homicidio ultraintencional, hay propósito de lesionar, y cuando se trata del delito de lesiones personales, el dolo es excluyente, porque lo que el Código exige, simplemente, es la ausencia del propósito de matar.

"Ahora bien: El delito de homicidio de que se ocupa el artículo 362 del Código Penal es un delito contra la integridad personal, y, materialmente es un ataque o una agresión a la vida que ínsitamente tiene, como ataque físico, un proceso similar al de las lesiones personales. Mejor dicho, quien atenta contra la vida de un semejante ejecuta actos, objetivamente de mayor intensidad, con medios idóneos para producir la muerte y su voluntad va encaminada a ese resultado. Es un acto inequívoco

co, como acto psicológico y lógico, como acto material. Pero el cumplimiento del acto y para el logro del resultado contiene, necesariamente, en su objetividad una actividad que es también apreciable en el delito de lesiones personales, es decir, que quien obra con el propósito homicida subsume en su ánimo y en su conducta algo que es similar o que es propio al delito de lesiones personales, como que siempre se da muerte atacando la integridad física de la víctima.

“7ª Al formularse la cuestión al jurado, con los mismos defectos de la resolución enjuiciatoria, la respuesta integrante del veredicto no afirma jurídicamente la existencia de una responsabilidad penal, pues si los miembros del jurado dijeron que no hallamos evidencia en cuanto al propósito, esa respuesta no permite referirla en su parte negativa al propósito de matar, sino que engloba, evidentemente, todo lo que concierne al elemento moral del reato. Haber dicho el jurado que no halló evidencia en cuanto al propósito, no permite distinguir que es negativo el veredicto en cuanto al propósito de matar y afirmativo en cuanto al propósito de lesionar, por el solo hecho de haberse usado las expresiones de ‘haber lesionado intencionalmente’ y ‘con el propósito de matar’, pues al juri se le estaba planteando el dolo del homicidio común y no el de dos hipótesis delictivas (homicidio común y homicidio ultraintencional), lo que enseña simplemente que el jurado, quírase o no, se limitó a afirmar la autoría material del hecho, sin lograr en conciencia formarse un criterio o llegar a una conclusión concreta sobre en qué forma o con qué ánimo la acusada disparó el arma. Los términos mismos del veredicto ponen de manifiesto la perplejidad y la duda del jurado sobre la presencia de un determinado propósito, cosa apenas natural porque son las mismas pruebas del proceso las que se encargan de demostrar las condiciones y circunstancias de los hechos.

“8ª Si el jurado, habiendo admitido que fue la acusada la autora del disparo mortal, hubiera tenido en el veredicto el positivo pensamiento o resolución de atribuirle a mi poderdante la comisión de un homicidio ultraintencional, al advertir que no encontraba la evidencia del propósito, resultaría

absurdo interpretar la respuesta como el reconocimiento de un homicidio ultraintencional, pues esa hipótesis repelente no se compadecería con la forma y circunstancias materiales de la lesión. No cabe en la mente de nadie, ni se compadece con la lógica más elemental, que habiendo el propósito de inferir daño a otra persona, pueda existir una simple intención de lesionar disparando con una pistola, arma la más apta e idónea para suprimir una vida, a sólo tres centímetros de la región temporal derecha, como quien dice, más que a boca de jarro, a flor de piel, ya que la misma corta distancia del disparo, habiendo una intención criminal, enseñaría de parte del agente, indefectiblemente, el propósito homicida. No pueden considerarse tan ignorantes, ni tan salidos de la realidad de las cosas a los integrantes del jurado. De haberla hallado responsable a la Betancur, fatalmente hubieran admitido el propósito de matar, pero nunca se les puede atribuir que en su veredicto afirmaron el propósito de lesionar.

“9ª En síntesis, el jurado usó una fórmula dubitativa en cuanto al elemento moral del delito, diciendo ‘no hallamos evidencia en cuanto al propósito’, frase que no entraña, filosóficamente, una negativa rotunda, y que no es la respuesta ‘no’ de que da cuenta la ley procedimental, ni permite presumir la respuesta ‘sí’ de la forma atenuada de homicidio que la sentencia acoge.

“10. Se trata, entonces, de un veredicto absolutorio, al no haberse afirmado el elemento propósito. Para que se pudiera hablar de una veredicción condenatoria, suponiendo que los jurados hubieran admitido la responsabilidad por un hecho distinto al comprendido en el cuestionario, de acuerdo con el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, habrían procedido como lo autoriza esa norma cuando dice: ‘Artículo 535. Veredicto: Los jurados deberán contestar cada uno de los anteriores cuestionarios con un sí o un no; pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación’.

"11. No es dado al juez de derecho interpretar a su amaño el veredicto de un jurado y hacerle decir cosas que no están en el texto de su respuesta o que, cuando menos, tengan respaldo en el proceso y se compadezcan con la verdad. Repito, que si el jurado no halló la evidencia de un propósito, su falta de convicción no aparece limitativa, sino que abarca todo lo referente a la intención criminal".

Y reitera en la conclusión el demandante que se trata de un veredicto absolutorio y, como consecuencia, la sentencia se encuentra en desarmonía con aquél.

b) Causal tercera

"Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio".

Luego de anotar que estima fundados los planteamientos que apoyan la anterior causal de casación, expresa el actor que invoca este nuevo motivo de impugnación de la sentencia recurrida, pues de "no llegar a entenderse que el pronunciamiento del jurado fue absolutorio, tendría que aceptarse que fue contradictorio, aspecto que..." examina, así:

"1º El veredicto de un jurado es una determinación, afirmativa o negativa, simple o cualificada, tomada en conciencia, sobre fundamentos de hecho y con la cual expresa una convicción moral como culminación de un debate judicial, acerca de la responsabilidad o no responsabilidad de una persona en la comisión de un hecho imputado como delictuoso.

"2º La afirmación o negación de la responsabilidad comprende en todo veredicto dos aspectos que pueden ser conciliables o no. El primero se refiere al hecho imputado, que puede comprender su existencia objetiva y su ejecución material, amén de circunstancias específicas, atinentes a la naturaleza del hecho, que lo agraven, atenuen o modifiquen en su propia estructura jurídica. El segundo se refiere a la autoría o participación del agente en la comisión del hecho y comprende desde la simple imputabilidad hasta la concreción de esa conducta como penalmente responsable.

"3º En un caso concreto el jurado, en veredicto que resulta intachable, puede

aceptar que el hecho no se cometió, quebrando de un todo y por todo la imputación, como puede aceptarse su comisión pero desligando de ella al encausado o admitiendo circunstancias específicas que exoneren al agente de responsabilidad o modifiquen favorablemente el grado de ésta. También pueden presentarse veredictos absolutorios basados en la falta de prueba, lo que equivale a una manifestación por parte del jurado de no haber logrado, en conciencia, la convicción de responsabilidad o de la existencia cierta del delito.

"4º Pero cuando un veredicto, como el estampado en este proceso, se responde 'sí' y a continuación se agrega 'pero no hallamos evidencia en cuanto al propósito', esa segunda proposición no tiene contenido afirmativo respecto de ninguno de los puntos contenidos en la cuestión, y, hasta puede decirse que no hace una negación enfática y precisa, como la ley la demanda, sino que consagra o expresa un estado de perplejidad, o, más concretamente, de duda, ya que a los jueces de conciencia el procedimiento penal no les exige llegar a un estado intelectual de evidencia, sino que los requiere por su convicción íntima, como reza la fórmula del juramento, consagrada en el artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, fórmula que los exhorta, entre otras cosas, a 'decidir con la imparcialidad y firmeza que corresponde a todo varón honrado, sin atender voz distinta de la vuestra personal conciencia y no hacerlo jamás sin la convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga'.

"5º Si tratare de afirmarse que el jurado condenó a Rosa Eugenia o María Eugenia Betancur, la afirmación sería gratuita, pues el 'sí' con que se inicia el veredicto está desvirtuado por la segunda proposición que contiene, proposición que no puede ningún sentenciador referir exclusivamente a una determinada parte de la cuestión tocante al elemento subjetivo de la responsabilidad, pues si no hay evidencia en cuanto al propósito, esa falla invade toda la órbita de la responsabilidad. Tratar de hacer el caprichoso y torpe distingo de que los jueces de conciencia negaron un propósito y afirmaron otro, es la más arbitraria y antijurídica interpretación del veredicto, ya que la mención improcedente de haber le-

sionado intencionalmente no era propia de la cuestión, resultaba redundante y hace notoria la tan nombrada tautología jurídica, estando expresamente consignado el propósito de matar en la cuestión que se le propuso al jurado.

"6º De suerte que, aunque sea mucho insistir en el asunto, la segunda proposición del veredicto está en contradicción con la primera parte, es decir, con la palabra 'sí', porque se repelen los términos de una manera absoluta, máxime que, como enantes se alegó, nada indica que fue voluntad del jurado descomponer en dos el propósito criminal y en esa forma declarar la responsabilidad por un homicidio ultraintencional. Si no tuvieron 'evidencia en cuanto al propósito', necesariamente negaron la responsabilidad y pusieron en contradicción los términos de su dictamen".

De lo anterior desprende el actor, como conclusión, que si no se entiende, como debe entenderse, como absolutorio el veredicto del jurado, resulta contradictorio y sobre él no puede recaer un fallo definitivo.

c) Causal cuarta

"Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

Insiste en que propone este motivo de casación como subsidiario y hace consistir el cargo en que el juzgador en derecho infringió la última parte del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, que precisa requisitos formales ineludibles del auto de proceder, habiéndose denegado la garantía constitucional del debido juicio, consagrada en el artículo 26 de la Carta.

El cargo lo desarrolla, así:

"1º El auto de enjuiciamiento es, procesalmente hablando, la demanda o pliego de cargos contra el acusado, y está integrado por dos partes, ceñidas ambas a requisitos formales ineludibles, que le dan legitimidad a ese proveído, constitucional y legalmente, como acatamiento, de modo principal a las garantías del juicio establecidas por el artículo 26 de la Constitución Nacional.

"2º El auto de proceder, aparte de los requisitos sustanciales de que se ocupa el artículo 481 del mismo Código, y que tie-

nen que ver con los presupuestos probatorios del hecho ilícito y de la responsabilidad, tiene que conformarse a los requisitos a que alude el ya citado artículo 483, a efecto de que el procesado conozca los hechos que se le imputan, la naturaleza jurídica del cargo, las modalidades que se le atribuyen, para así poder debatir el plenario su inocencia o responsabilidad, dentro de lineamientos que aseguren los medios de defensa y la lealtad del debate.

"3º Por eso, dentro de la técnica procesal, la parte motiva del auto de enjuiciamiento puede indicar con toda amplitud no sólo el delito con su denominación jurídica corriente o genérica, sino todas las circunstancias que puedan modificarlo, favorable o desfavorablemente e inclusive darle la denominación específica que se estime adecuada, sin que ese proceder en la parte motiva ligue al juez del conocimiento con la sentencia definitiva, ni comprometa al jurado para el pronunciamiento de su veredicto, máxime si en el curso del plenario, en razón de nuevos elementos de juicio, cambian las circunstancias o modalidades consignadas en la motivación del auto de vocación a juicio.

"4º Esa amplitud, propia de la parte motiva, no existe y está expresamente prohibida por el Código de Procedimiento, en cuanto a la parte resolutive, la que, según tuvimos ocasión de comentar, '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 de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable'.

"Como ha dicho la honorable Corte, 'los límites del auto de proceder no pueden tras pasarse sin quebrantar los principios normativos del procedimiento penal y la garantía consignada en el artículo 26 de la Constitución; nadie podrá ser juzgado sino mediante la plenitud de las formas propias de cada juicio' (Cas., 13 agosto de 1940, L. 532)".

"5º Más concretamente esa alta Corporación se ha pronunciado sobre el alcance y límites de la parte resolutive en muchos otros fallos, para enseñar que es violatorio de las formas del juicio especificar el delito en la parte resolutive y que toda violación al respecto integra una nulidad constitucional...", y cita, al respecto las providencias de 25 de agosto de 1947 (G. J. T. LXIII, Pág. 424) y de 23 de enero de 1970 (G. J., T. CXXXIII, Pág. 171), de las cuales hace transcripción de lo pertinente.

"6º Ahora bien: el Título XV del Libro II del Código Penal se ocupa de los delitos contra la vida y la integridad personal. En el Capítulo I se trata, genéricamente, 'del homicidio' reseñándose especies distintas en los artículos 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369 y 370.

"El primer artículo (362) estructura o tipifica la especie del homicidio simple o de propósito. Se dice que es una figura específica porque está jurídicamente individualizada por la naturaleza del dolo, muy distinto al que se incorpora al homicidio asesinato, al homicidio ultraintencional, al homicidio culposo, etc.

"7º En el caso sub judice la resolución enjuiciatoria especificó doblemente el cargo, pues no se contentó la instancia de expresar la 'intención de matar', sino que, también, expresó 'haber lesionado intencionalmente', especificación esta última redundante, inútil, a más de ilegal.

"8º No podía argüirse que este quebrantamiento de las formas propias del juicio no menguaron el derecho de defensa, ni trastornaron el debate judicial, porque lo que se trata de afirmar es que se violó la ley y se quebrantó un precepto constitucional, garante de la legitimidad del proceso.

"Hubo, pues, una nulidad constitucional, y aunque se tratara de restarle importancia, incidió en el confuso veredicto del jurado, cuyo examen fue ya materia de los cargos principales".

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de anotar que el orden lógico del examen de las causales de casación propuestas implica que previamente se estudie la aducida con citación del numeral 4º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, y de observar que un mismo veredicto no puede ser atacado mediante

las causales segunda y tercera, por ser excluyentes, encuentra que prospera el motivo tercero de que trata el precepto citado y solicita, en consecuencia, que se case el fallo objeto del recurso.

A las razones que aduce el Ministerio Público habrá de referirse la Corte en seguida.

Considera la Corte

Antes de entrar al examen de los cargos que propone el actor a través de las causales de casación que invoca, la Corte precisa las siguientes cuestiones:

a) Anotado que la sentencia impugnada fue proferida en un juicio viciado de nulidad, por cuanto el auto de proceder no reúne las exigencias que señala el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, es obvio que corresponde el estudio previo de la causal cuarta de casación, pues, de prosperar, el procedimiento debería ser replegado a partir de esa providencia, inclusive. Y, en tal supuesto, no sería lógico que en un juicio viciado de nulidad desde el auto de proceder, inclusive, cuya declaración no hiciera la Corte por dejar de examinar los cargos propuestos a través de la causal cuarta de casación, dispusiera, de resultar pertinentes o el motivo segundo de casación o el tercero que invoca el actor como principales. lo que para tales hipótesis indica el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, a saber:

"Cuando la Corte aceptare como justificadas alguna o algunas de las causales propuestas, procederá así:

"1º Si la causal aceptada fuere la primera o la segunda, casará el fallo y dictará el que deba reemplazarlo.

"2º Si la causal aceptada fuere la tercera, devolverá el proceso, por conducto del Tribunal, al juzgado de origen para que se convoque a nuevo jurado".

Y no sería lógico, como se dejó dicho, porque ello llevaría, en el primer caso, a proferir sentencia en un juicio viciado de nulidad, la cual deja de declarar la Corte no obstante haberse invocado la causal cuarta; y, en el segundo, a que se ordenara la convocatoria de un nuevo jurado dentro de un proceso nulo desde el auto de proceder, inclusive, según la tacha que el

actor propone a través de la citada causal cuarta de casación.

Le asiste, pues, razón al Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuando manifiesta que "advierde ante todo esta Procuraduría Delegada que las causales de casación propuestas en este asunto no se ajustan a un orden lógico ya que, en atención a su naturaleza jurídica, el actor ha debido proponer en primer término la causal cuarta de casación, luego la tercera y por último la segunda".

b) También comparte la Corte la observación del Ministerio Público en cuanto que "el mismo veredicto no puede acusarse por las causales segunda y tercera de casación por faltarse gravemente a la lógica jurídica. La primera supone la aceptación plena de la respuesta del jurado y la segunda precisamente lo contrario: su rechazo, por ser inexistente. En el presente asunto la crítica sube de punto si se tiene en cuenta que los dos motivos se proponen como principales".

Pues bien:

II

Causal cuarta

En cuanto al cargo que hace el actor, se tiene que es cierto que en la parte resolutive del auto de proceder proferido por el Juzgado 8º Superior de Medellín, de 8 de julio de 1972, —confirmado en todas sus partes por el juzgador *ad quem*— se incurrió en intrascendental error, pues más parece una redundancia, de aludir en el delito de homicidio a la intención de lesionar y también al propósito de matar, tratándose, como se trata, de un solo hecho: la muerte ocasionada a Sergina Valencia Castrillón, por la cual se llama a juicio a la recurrente Rosa Eugenia o María Eugenia Betancur Sáenz.

En efecto, en la citada providencia se dice al resolver:

"1º Llamar a responder en juicio, con intervención del jurado, a Rosa Eugenia o María Eugenia Betancur Sáenz, de la filiación conocida, por el delito de homicidio de que trata y sanciona el Libro II, Título 1º del Código Penal, consistente el cargo en haber lesionado intencionalmente,

con arma de fuego (pistola) y con intención de matar, a Sergina Valencia Castrillón, a consecuencia de lo cual falleció ésta, hechos ocurridos en el interior del apartamento número 403 situado en el cuarto piso del Edificio 'Rosita', de la calle Pichincha con la carrera Junín de esta ciudad".

En primer lugar, se trata de un intrascendente yerro el que se haya antecedido en el cargo del homicidio la intención de lesionar al propósito de matar, pues ninguna confusión podía crearse, pues no se dejó por ello una denominación anfibológica de la imputación hecha a la acusada, dado que es obvio que quien da muerte a otro con la intención de matar, requiere causar lesión a la víctima. Y mucho menos podía crearse confusión alguna que afectara el derecho de defensa, si se toma en cuenta que en la parte motiva del auto de proceder se anota que "el cargo se sujetará a las determinaciones del artículo 362 del Código Penal" (Fl. 278 del C. 1º).

De ahí que exprese el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"La irregularidad a que se ha hecho mención no creó duda que afectara el derecho de defensa. La lectura del acta de audiencia de folios 325 a 342 pone de presente en forma muy clara que el defensor hizo referencia al suicidio de Sergina Valencia (Fl. 337 v.), luego sostuvo que en el caso de que Rosa Eugenia Betancur hubiese disparado el arma contra Sergina Valencia, 'habría obrado en una legítima defensa pasional y de su honor...' (Fl. 338 v.), adelantó la tesis de que la acusada habría obrado en estado de ira por grave e injusta provocación de la víctima (Fl. 339 v.), pero, al finalizar la intervención, solicitó al jurado responder al veredicto con la fórmula 'no es responsable por falta de plena prueba'."

Sabido es que en el plenario pueden resultar comprobadas circunstancias que modifiquen la especificación del cargo que se haga en la parte motiva del auto de proceder, las que puede tomar en consideración el jurado —en los procesos en que interviene— o solamente el juez de derecho cuando no concurren al juicio los jueces de conciencia.

De lo que no puede apartarse la sentencia es de la calificación delictiva que se

haya hecho en la parte resolutive del auto de proceder y comprendida dentro del ámbito de "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", pues si genéricamente se hizo el cargo de homicidio no podrá condenarse por lesiones personales, por caso.

El error de que da cuenta el demandante no tiene, pues, el alcance que le señala de constituir nulidad constitucional por infracción del debido proceso, dado que carece de trascendencia en el desarrollo del juicio y en el ejercicio del derecho de defensa.

La necesaria armonía que debe guardar la parte resolutive del auto de proceder con la sentencia, a que aluden los fallos de la Corte citados por el actor se refiere al simple *nomen juris* de la infracción, como ya se dijo y como lo dispone el último inciso del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal.

Las sentencias que cita el actor (de 25 de agosto de 1947, G. J., T. LXIII, Pág. 424), y de 23 de enero de 1970 (G. J., T. CXXXIII, Pág. 171) insisten, apenas, en esa armonía de la sentencia condenatoria con el cargo hecho en la parte resolutive de la providencia de vocación a juicio, sin que de tales proveídos quepa desprender que si el cargo se especifica en esa parte resolutive, a más de haberse hecho lo mismo en la motivación de tal auto de proceder, se tenga nulidad constitucional.

En varias ocasiones ha dicho la Corte que "no basta aducir una nulidad para que se invalide determinada parte de la actuación, ni alegarla en términos generales o abstractos, sino, si es el caso, debe señalarse el trámite que se ha omitido y citarse la disposición que lo prescribe, ya como requisito formal o sustancial. Porque si todo juicio nulo es irregular, no todo juicio irregular es anulable en casación" (Sentencia de 27 de enero de 1959, G. J. T. XC, Pág. 155, entre otras).

Y, asimismo, ha expresado esta Corporación en otras oportunidades que la especificación del cargo en la parte resolutive del enjuiciamiento, como cuando se habla de llamar a responder en juicio por "ho-

micidio-asesinato", no conlleva nulidad alguna.

Es cierto que "la Corte ha admitido, en guarda de los principios superiores de la Constitución y para casos extremos, nulidades no establecidas por la ley procesal, de modo expreso, deducidas de lo dispuesto en el artículo 26 de la suprema ley y a las que ha denominado nulidades supraleales o constitucionales...", como "la denominación anfibológica del cargo en el auto de proceder, cuando la ambigüedad de la acusación impida la precisión del delito materia del juicio (sentencias de 19 de febrero de 1943 y 23 de enero de 1960)...", pero sólo "cuando se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante violación del derecho de defensa del procesado" (Fallo de 8 de mayo de 1970, Casación de Alvaro Iriarte Uricoechea, ponencia del Magistrate Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Y en este proceso, del error que anota el actor no resulta, siquiera, disminuida la precisión del delito porque fue llamada a juicio la recurrente, ni disminuido su derecho de defensa, como que el personero de la acusada, tanto en el debate oral como en los alegatos escritos, entendió claramente que a su mandante se le hizo el cargo de homicidio simple.

La tacha propuesta no resulta comprobada y no prospera, por tanto, la causal cuarta de casación.

III

Causal tercera

Se le preguntó al jurado: "La acusada Rosa Eugenia Betancur es responsable de haber lesionado intencionalmente con arma de fuego (pistola) y con propósito de matar a Sergina Valencia Castrillón a consecuencia natural y directa de lo cual falleció ésta, según hechos ocurridos en el interior del apartamento número 403 situado en el cuarto piso del edificio 'Rosita' de la calle Pichincha con la carrera Junín de esta ciudad, en la noche comprendida entre el catorce y el quince de enero del corriente año?"

La respuesta dada fue la siguiente:

"Sí, pero no hallamos evidencia en cuanto al propósito".

Los juzgadores en derecho, en las instancias, entendieron que en su respuesta el jurado aseveró la responsabilidad de la acusada en relación con la muerte sufrida por la Valencia Castrillón, pero únicamente dentro de la intención de causarle a la occisa una lesión personal, pues sólo se refirieron los jueces de conciencia a que no hallaron evidencia "en cuanto al propósito" de matar.

Y dándole esa comprensión a la respuesta del jurado, condenaron a la recurrente por el delito de homicidio preterintencional, de acuerdo con el precepto que trae el artículo 365 del Código Penal.

No obstante, es evidente que en la respuesta de los jueces de hecho no se tiene que aludan, claramente, a que no hallaron evidencia en cuanto al propósito de matar, pues no dicen tal cosa, sino, como se dejó transcrito, que "no hallamos evidencia en cuanto al propósito", sin darle calificación alguna a este aspecto subjetivo. Y resulta arbitrario del juzgador en derecho darle tal alcance, pues de igual manera la frase en cuestión puede ser encaminada a la ausencia de propósito de lesionar, quedando, así, sin apoyo la ocurrencia de tal homicidio preterintencional.

Tiene toda la razón el demandante al observar que "cuando el veredicto, como el estampado en este proceso, responde 'sí' y a continuación se agrega 'pero no hallamos evidencia en cuanto al propósito', esa segunda proposición no conlleva contenido afirmativo respecto de ninguno de los puntos contenidos en la cuestión, y, hasta puede decirse que no hace una negación enfática y concisa, como la ley la demanda, sino que consagra o expresa un estado de perplejidad o, más concretamente, de duda, ya que a los jueces de conciencia el procedimiento penal no les exige llegar a un estado intelectual de evidencia, sino que los requiere por su convicción íntima..."

El veredicto de que se ha hecho referencia resulta evidentemente contradictorio, pues a la respuesta afirmativa de la responsabilidad se agrega la negación de esa

misma responsabilidad, por no haber hallado "evidencia en cuanto al propósito".

Sabido es que las infracciones de la ley penal son intencionales o culposas, cuando no se trate de las personas comprendidas en el artículo 29 del Código Penal. Entonces resulta palpable que en este caso, negado por el jurado por no encontrar evidencia el aspecto subjetivo del delito porque fue llamada a juicio la recurrente, al mismo tiempo que acepta la responsabilidad de ésta, al responder "sí", la rechaza en seguida, al aseverar que no encuentran la dicha evidencia en cuanto al propósito, pues este elemento de la conducta tipificable como delito es indispensable para que se tenga la responsabilidad penal.

Y si bien el Ministerio Público observa que se trata de un veredicto inexistente, pues más se acomoda el que se examina a "una respuesta incompleta que no permite pronunciamiento alguno", el resultado a que corresponde llegar en el estudio de este cargo es el mismo: el de que resulta comprobada la tacha que hace el demandante a la sentencia impugnada a través de la causal tercera de casación.

En sentencia de casación de 14 de junio del corriente año (Proceso contra Justino Juya Avila, ponencia del Magistrado Mario Alario Di Filippo), se dice lo que pasa a transcribirse:

"El tribunal popular respondió por unanimidad: 'Sí es responsable. No está claro (sic) la intención de matar'. Es indudable que este veredicto consta de dos partes: la primera constituida por la afirmación rotunda de la responsabilidad del sindicado, y la otra por la frase 'no está claro la intención de matar'. Al contestar el jurado que el procesado sí es responsable, está aseverando la existencia del elemento subjetivo y de los objetivos integrantes del tipo penal del homicidio común u ordinario, habida cuenta de los términos del cuestionario; mas al agregar que no está clara la intención de matar, implícita pero perspicuamente está afirmando que no está probado el elemento moral o síquico del delito de homicidio voluntario, con lo cual incurre en contradicción, pues ello equivale a aseverar y poner en duda simultáneamente el dolo característico de la infracción debida en el juicio".

Sabido es, cabe repetir ahora, que veredicto contradictorio es aquel en que sus términos resultan inconciliables porque se destruyen mutuamente, en atención a que implican afirmación y negación al mismo tiempo, pues una de sus voces excluye lo que la otra acepta.

Pero, en el caso en examen, ¿se planteó en la pregunta hecha al jurado lo concerniente al homicidio preterintencional o esa hipótesis se desprende de la respuesta de los jueces de hecho?

Es obvio que cabe responder negativamente a las dos cuestiones, por los siguientes motivos:

1º A la acusada no se le hizo en el auto de proceder el cargo de homicidio preterintencional y, por tanto, mal podía plantearse —como no fue planteada— esa especie del delito de homicidio. Equivocadamente se habló de lesión intencional con arma de fuego y con propósito de matar, para aludir a la natural relación causal física del homicidio de propósito, que necesariamente requiere, como se ha dicho, que el agente atente contra la salud de la víctima con el ánimo de causarle la muerte.

Con mejor técnica, el cuestionario se hubiera referido a si la procesada ocasionó la herida con la intención de matar, pues lógicamente este último propósito incluye el que la herida sea ocasionada no por negligencia o imprudencia (culpa) sino intencionalmente.

2º Ese supuesto del homicidio preterintencional no fue objeto de los debates durante el proceso. Ni en los alegatos escritos, ni en la audiencia pública fue planteado.

3º La respuesta del jurado, en la parte en que se anota que no halló “evidencia en cuanto al propósito”, no envuelve la aseveración de que sí encontraron evidencia de que la sindicada quiso, apenas, causar una lesión a la víctima, sin ánimo de causarle la muerte, pues tal deducción, como se dejó dicho, implica agregar algo a esa respuesta de los jueces de hecho: que no hallaron evidencia en cuanto al propósito de matar, pero sí en cuanto a la intención de causar lesiones.

Además, semejante conclusión sería contraria a la lógica, habida cuenta de la herida que causó la muerte de Sergina Va-

lencia Castrillón, como observa el demandante en las siguientes palabras:

“Si el jurado, habiendo admitido que fue la acusada la autora del disparo mortal, hubiera tenido en el veredicto el positivo pensamiento o resolución de atribuirle a mi poderdante la comisión de un homicidio ultraintencional, al advertir que no encontraba la evidencia del propósito, resultaría absurdo interpretar la respuesta como el reconocimiento de un homicidio ultraintencional, pues esa hipótesis repelente no se compadecería con la forma y circunstancias materiales de la lesión. No cabe en la mente de nadie, ni se compadece con la lógica más elemental que habiendo el propósito de inferir daño a otra persona, pueda existir una simple intención de lesionar disparando con una pistola, arma la más apta e idónea para suprimir una vida, a solo tres centímetros de la región temporal derecha, como quien dice, más que a boca de jarro, a flor de piel, ya que la misma increíble corta distancia del disparo, habiendo una intención criminal, enseñaría de parte del agente, indefectiblemente, el propósito homicida. No puede considerarse tan ignorantes, ni tan salidos de la realidad de las cosas a los integrantes del jurado. De haberla hallado responsable a la Betancur, fatalmente hubieran admitido el propósito de matar, pero nunca se les puede atribuir que en su veredicto afirmaron el propósito de lesionar”.

Atendidas las anteriores razones y como antes se dijo, el cargo aparece comprobado y, en consecuencia, prospera la causal tercera de casación.

III

Causal segunda

Expresa el Procurador Segundo Delegado en lo Penal que, de prosperar la causal tercera, no corresponde examinar el cargo que el actor propone a través del motivo segundo de casación, pues un mismo veredicto no puede ser objeto de tacha por las citadas causales de casación al mismo tiempo.

Comparte la Corte este criterio del Ministerio Público, pues si no hay veredicto del cual pueda desprenderse conclusión al-

guna, por ser contradictoria, mal puede apoyarse en una respuesta del jurado de tal naturaleza una decisión absolutoria por el juzgador en derecho, así se trate del propio recurso de casación.

No prospera, por consiguiente, la causal segunda de casación.

Según lo anotado, debe darse aplicación a lo que señala el ordinal 2º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Mede-

llín, de que se hizo mérito, y ordena que se devuelva el proceso, por conducto de esa Corporación al Juzgado 8º Superior de la misma ciudad, para que se convoque a nuevo jurado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enríque Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

CUESTIONARIOS PARA EL JURADO

Se ratifica la doctrina de la Corte sobre la inexistencia de nulidad, cuando en una misma pregunta se interroga al jurado, sobre varios delitos cometidos en el mismo lugar, con circunstancias, modalidades y móviles idénticos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre veintiocho (28) de mil novecientos setenta y tres (1973).

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entre la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de veintidós de enero del corriente año, por la cual le fue impuesta al recurrente Aristóbulo Rocha Bustos la pena principal de diecinueve (19) años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en las personas de José Audín González y José Domingo Llanos.

Conoció en primera instancia el Juzgado 5º Superior de esta ciudad.

Hechos y desarrollo del proceso

En la providencia impugnada se anota en cuanto a lo ocurrido lo que sigue:

“Dio origen a la averiguación la muerte violenta que sufrieron José Audín González y José Domingo Llanos Llanos, la noche comprendida entre el 11 y 12 de noviembre...” de 1970..., “cuyos cadáveres fueron encontrados por un empleado del Ministerio de Obras Públicas, cerca de la carretera que de Fusagasugá conduce a la capital de la República, en jurisdicción del Municipio de Silvania. En las primeras horas de la tarde del miércoles, once de noviembre, transitaban en un vehículo de propiedad de González Llanos éste y José

Uriel Barreto, por algunas calles de esta ciudad y al pasar por la carrera 19-B, con calle 1-C detuvieron el automotor para conversar con su amigo Pedro Camargo, quien se hallaba frente a su casa, acompañado de Alberto Guerrero y otro sujeto.

“Poco tiempo después y por insinuación de Camargo, entraron a la casa y se dedicaron a ingerir licor. Como a las siete de la noche, llegó a ese lugar Aristóbulo Rocha, en un vehículo ‘Ford Mustang’, placa D-54475 y se unió a la tertulia, en donde, al parecer, consumieron bastante licor y comida.

“Siendo casi las once de la noche salió el grupo de la casa y al ocupar los carros estacionados, González, Llanos y Camargo abordaron el que conducía Rocha y después de recorrer algunas calles, se perdieron de vista los dos automotores y posteriormente Pedro Camargo abandonó aquel en que viajaba. Pocas horas después Rocha fue sorprendido en la Avenida 13 Sur N° 25-73 con el vehículo ensangrentado”.

Clausurada la averiguación, fue proferido auto de proceder contra Aristóbulo Rocha Bustos por homicidio intencional agravado (Art. 363, Ord. 5º) y hurto, de que fueron víctimas José Audín González Guerrero y José Domingo Llanos Llanos.

Y, de acuerdo con el auto de llamamiento a juicio, al jurado le fueron propuestos los siguientes cuestionarios:

a) Cuestión primera

El procesado Aristóbulo Rocha Bustos, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, es responsable de haber ocasionado la muerte, con intención de matar,

a José Audín González Guerra y José Domingo Llanos Llanos, empleando para ello arma de fuego de corto alcance (pistola) y aprovechándose de las condiciones de indefensión e inferioridad en que se hallaban las víctimas, según hechos ocurridos entre el once y doce de noviembre de mil novecientos setenta, en jurisdicción de este Distrito Judicial?"

b) Cuestión segunda

El procesado Aristóbulo Rocha Bustos, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, es responsable de haberse apropiado de un revólver marca Smit & Wesson, de propiedad de José Domingo Llanos Llanos y de una pistola marca Astra, de propiedad de José Audín González Guerra, según hechos ocurridos entre el once y doce de noviembre de mil novecientos setenta, en jurisdicción de este Distrito Judicial?"

La respuesta fue afirmativa para el primer cuestionario y negativa para el segundo.

Acogido el veredicto, el Juzgado 5º Superior de Bogotá impuso al encausado la pena principal de diecinueve años de presidio, como responsable del doble homicidio en las circunstancias de agravación anotadas en el cuestionario, determinación ésta que fue confirmada por la sentencia del juzgador *ad quem*, materia del recurso.

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Invoca el demandante la causal cuarta de casación, pues estima que el fallo impugnado fue proferido en un juicio viciado de nulidad y, al efecto, propone el siguiente cargo:

"Los términos del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal son enfáticos e indiscutibles. El rígido lenguaje de la citada norma no admite interpretaciones distintas, no ofrece ninguna duda. Siendo dos los homicidios imputados al procesado Aristóbulo Rocha, o sean los cometidos en José Audín González y José Domingo Llanos, entonces han debido formularse dos cues-

tionarios sobre los citados homicidios, uno para cada uno. No se hizo así y por eso se incurrió en flagrante violación del artículo 537 del Procedimiento Penal y, consecuentemente, en nulidad supralegal, por 'haberse omitido la plenitud de las formas propias del juicio'."

Anota luego que la doctrina de la Corte, dejada en providencia de 27 de febrero de 1970 (citada por el Tribunal Superior de Bogotá en el fallo recurrido), no es aplicable en este caso, pues, dice, "se desconocen las circunstancias, modalidades, móviles, tiempo y lugar en que..." los dos homicidios fueron cometidos, por lo cual "no cabe el cuestionario único", y la defensa "sostuvo en la audiencia pública que los homicidios en González y Llanos no fueron obra de una sola persona, sino de varias, porque de acuerdo con los dictámenes que figuran en el proceso (Fls. 270, 297, 298, 182 y 628) 'la persona que disparó contra Domingo Llanos se hallaba colocada a su lado izquierdo' y la persona que disparó 'contra Chepe González estaba en su lado derecho', todo lo cual corrobora la versión de Aristóbulo Rocha, en el sentido de que los uniformados que abordaron el vehículo, uno se hizo al lado izquierdo de Domingo Llanos y el otro encañonaba a Chepe González por su lado derecho".

Insiste en que no podía plantearse la cuestión al jurado mediante cuestionario único, pues los hechos no se acomodan a la referida doctrina de la Corte, citada por el juzgador *ad quem*, de la cual transcribe lo siguiente:

"Casación de 27 de febrero de 1970: 'Cuando se trata de varios delitos, la ley quiere que se formulen diversas preguntas para que los miembros del jurado puedan pronunciar su veredicto con mayor amplitud sobre el problema de la responsabilidad; pero cuando el cuestionario único contempla minuciosamente el problema sobre el cual tiene que decidir, ya en relación con los cargos formulados en el auto de proceder, ya también frente a las pruebas aducidas en el juicio, la omisión de varias preguntas en el cuestionario no es constitutiva de nulidad. Pero cuando en un solo cuestionario se interroga a los miembros

del jurado sobre hechos de igual naturaleza, que se realizaron a un mismo tiempo, en el mismo lugar, con circunstancias, modalidades y móviles idénticos, el veredicto del jurado afirmativo o negativo de la responsabilidad no puede servir de fundamento para alegar una nulidad constitucional, porque no suscita incertidumbre alguna en cuanto al contenido de lo que en él se quiso expresar; habría en este caso una omisión por la pretermisión de formalidades externas pero no nulidad’.”

Y anota el actor que la anterior jurisprudencia no se acomoda al caso de que da cuenta el proceso, porque “con la prueba de indicios y presunciones...”, como la tomada en cuenta en cuanto a la imputación hecha al recurrente, “no se define claramente el problema de la responsabilidad, en cuanto a los móviles, modalidades, circunstancias, lugar y tiempo en que los delitos se cometieron. La naturaleza de la prueba de indicios y presunciones no se presta para que esos aspectos de los hechos delictivos queden dibujados nítidamente en el proceso. Por eso, tratándose de pruebas de indicios y presunciones, es indispensable plantearle al jurado un cuestionario sobre cada delito, porque la ley quiere —cuando se trata de varios delitos— que se formulen diversas preguntas para que los miembros del jurado puedan pronunciar su veredicto con mayor amplitud sobre el problema de la responsabilidad’.”

El Procurador 2º Delegado en lo Penal no encuentra probado el cargo y pide, por tanto, que se deseche el recurso en cuestión.

Dice, en efecto, el Ministerio Público:

1º “La cuestión jurídica propuesta en este recurso de casación fue ampliamente debatida en las instancias, ya que el defensor de Rocha Bustos la planteó en su escrito del 16 de octubre de 1972, dirigido al Juez 5º Superior de Bogotá y nuevamente al Tribunal Superior de esta ciudad, en memorial del 15 de noviembre del mismo año, y se decidió que no había motivo de nulidad.

2º “La acusación por no haberse elaborado un doble cuestionario la apoya el demandante en su opinión acerca del valor probatorio de las piezas allegadas al infor-

mativo, tema éste debatido en el plenario y calificado por el jurado de conciencia libremente como corresponde a esta institución.

3º “Es cierto que el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal ordena elaborar tantos cuestionarios cuantos delitos se hayan reconocido en el auto de proceder, pero el desconocimiento de este mandato legal no está sancionando con nulidad, de manera automática por nuestro ordenamiento jurídico.

4º “La prueba allegada al informativo enseña, en forma indudable, que los ciudadanos José Audín González y José Domingo Llanos fueron muertos en idénticas circunstancias de tiempo, modo y lugar y, lo que es más importante, por la misma persona.

“La versión de Rocha Bustos acerca de la comisión de los delitos, no fue aceptada ni por los jueces de derecho, ni por los jueces de hecho y por tanto resulta impertinente replantear la cuestión probatoria con motivo de este recurso extraordinario, menos tratándose de juicios con intervención del jurado y todavía con menos razón con motivo de la causal cuarta de casación.

5º “Por último, para los fines de la causal cuarta de casación no es suficiente demostrar el motivo de nulidad invocado, sino que también es absolutamente indispensable probar el agravio sufrido y su entidad para que la acusación sea completa. Más claro: debe comprobarse que la irregularidad ocurrida es de tanto alcance, que el derecho de defensa se afectó grave e irreparablemente o que las formas propias del juicio se menoscabaron tan seriamente que de no haberse presentado uno u otro, la decisión habría sido distinta”.

Considera la Corte

Acepta la Corte la conclusión a que llega la Procuraduría 2ª Delegada en lo Penal, pues evidentemente no se tiene en el proceso, conforme al cargo que hace el demandante, la nulidad de orden constitucional alegada y, por consiguiente, no prospera la causal cuarta de casación que invoca el actor.

En efecto

a) La norma vigente para la fecha de la audiencia pública en el proceso a que alude el demandante y que prescribe la "formulación separada de cuestionarios", dice:

"Cuando sean varios los delitos por los cuales se hubiere llamado a juicio a un mismo procesado, se formularán separadamente los cuestionarios sobre cada uno de aquellos, como si se tratara de acusados distintos. Cuando el delito sea el mismo y varios los sindicados, también se propondrán separadamente los cuestionarios respecto de cada uno de ellos" (Art. 537 del C. de Procedimiento Penal).

Y refiriéndose la Corte al artículo 502 del Código de Procedimiento Penal derogado, en el que se traía la misma norma de que trata el transcrito artículo 537 del estatuto procesal vigente, dijo en sentencia de casación de 7 de febrero de 1948 (G. J. T. LXV, Pág. 75), lo siguiente:

"Cuando se trata de varios delitos, la ley quiere que se formulen diversas preguntas para que los miembros del jurado puedan pronunciar su veredicto con mayor amplitud sobre el problema de la responsabilidad, pero cuando el cuestionario único contempla minuciosamente el problema sobre el cual tiene que decidir, ya en relación con los cargos formulados en el auto de proceder, ya también frente a las pruebas aducidas en el juicio, la omisión de varias preguntas en el cuestionario no es constitutiva de nulidad.

"Pero cuando en un solo cuestionario se interroga a los miembros del jurado sobre hechos de igual naturaleza, que se realizaron a un tiempo, en el mismo lugar, con circunstancias, modalidades y móviles idénticos, el veredicto del jurado afirmativo o negativo de la responsabilidad no puede servir de fundamento para alegar una nulidad constitucional, porque no suscita incertidumbre alguna en cuanto al contenido de lo que en él se quiso expresar; habría en este caso una omisión por la pretermisión de formalidades externas o escritas, pero no una nulidad".

Posteriormente, en fallo de 9 de noviembre de 1962 (G. J. T. C., Pág. 433), señaló la Corte como fundamento del precepto de

procedimiento penal comentado, la búsqueda de "una mayor amplitud para los jueces de conciencia, al definir sobre la responsabilidad del procesado por varios delitos, o de los varios procesados por un solo delito", al mismo tiempo que facilitar, de acuerdo con los distintos cuestionarios, llegado el caso, declarar la contraevidencia de alguno o algunos de ellos y porque "la contraevidencia no puede ser extendida a lo que no es contraevidente".

Asimismo, en proveído de 27 de febrero de 1970, citado por el demandante, (G. J. T. CXXXIII, Pág. 219), la Corte reitera la doctrina consignada en la sentencia de 7 de febrero de 1948, la que se dejó transcrita.

En esta oportunidad, no obstante que uno de los cuestionarios propuestos al jurado que juzgó al recurrente de entonces, Adalberto García Ibagué, se refiere a un múltiple homicidio intencional, hechos en los cuales participaron otros acusados, no encontró la Corte que la infracción del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal diese lugar a la nulidad constitucional que en este otro caso alega el demandante, por cuanto, se dice en esa sentencia, "en los cuestionarios elaborados para indagar sobre la responsabilidad del enjuiciado García Ibagué se incluyeron todos los presupuestos que se han reseñado, lo que permitió al jurado dar una respuesta justa, equitativa e inequívoca".

b) Del alegado vicio de procedimiento no se desprende violación del derecho de defensa, ni se infiere daño a las bases mismas de la organización judicial. Mal puede, pues, la irregularidad anotada dar origen a la anulación de lo actuado, por esa pretendida violación de las garantías que consagra el artículo 26 de la Carta.

En varias ocasiones ha dicho esta Corporación que se "...ha admitido, en guarda de los principios superiores de la Constitución y para casos extremos, nulidades no establecidas por la ley procesal de modo expreso, deducidas de lo dispuesto en el artículo 26 de la ley suprema y a las que ha denominado..." la Corte "...nulidades supralegales o constitucionales, cuando se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagram-

te violación del derecho de defensa del procesado'."

Además, como observa el Ministerio Público, el actor no demuestra el agravio sufrido por el yerro procesal que anota.

c) El cuestionario a que alude el demandante precisa la materia sobre la cual resolvió el jurado, sin que la pregunta atinente al doble homicidio porque fue acusado el recurrente sea ambigua o imprecisa en cuanto a los delitos materia del juicio.

Al procesado Aristóbulo Rocha Bustos se le llamó a responder por homicidio agravado cometido en las personas de González y Llanos y el cuestionario, de manera clara, precisa —es cierto que en una sola pregunta— ese doble delito porque fue acusado.

En fin, no resulta comprobado el cargo y, de consiguiente, no prospera 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 Procurador Segundo Delegado en lo Penal, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

COMPETENCIA

Se ratifica la doctrina de la Corte de octubre 30 de 1970 y de noviembre 4 de 1970, en el sentido de que la justicia castrense conoce de los delitos previstos en el Código Penal ordinario, cometidos en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior por los militares en servicio activo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintinueve de noviembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Vistos

Se halla acusada en casación la sentencia de 10 de mayo último, mediante la cual el Tribunal Superior Militar confirmó en todas sus partes el fallo de primer grado que condenó al Subteniente del Ejército Nacional Yezid Quiroga Forero a la pena principal de dieciséis años de presidio y a las accesorias correspondientes "como autor único y responsable de los delitos de homicidio agravado" "agotado en la persona del Sargento Viceprimero del Ejército Nacional Desiderio Castiblanco Rivera, y el de hurto común"; y lo adicionó en el sentido de condenar al procesado al pago en abstracto de los perjuicios ocasionados con tales infracciones.

Hechos y actuación procesal

Los resume así el Procurador Delegado de las Fuerzas Militares:

"El 25 de diciembre de 1971, el Subteniente del Ejército Yezid Quiroga Forero fue a visitar a su casa de habitación a María Herminia Cuervo Ramírez, a la sazón empleada del Casino de Suboficiales del Batallón 'Rook', con sede en la ciudad de Ibagué, para saludarla con ocasión del día

de Natividad. Esto lo hacía por cuanto que mantenía con la Cuervo relaciones maritales. Como tuviera conocimiento que María Herminia sostenía similares relaciones con el Suboficial Desiderio Castiblanco Rivera, a quien había hecho el reclamo con anterioridad, el día de la visita se despidió de su amante so pretexto de que regresaría a la guarnición militar de Tolemaida, sede de sus servicios, habiéndose dado a vigilarla para tomarla por sorpresa cuando se reuniera con el Suboficial antes citado. En efecto, aquella noche, media hora después que Quiroga Forero abandonara la vivienda de María Herminia, ésta salió y en un lugar determinado de la ciudad se reunió con su segundo amante, esto es, con Desiderio, quienes en un vehículo de servicio público se trasladaron hacia un sitio alejado de la ciudad y donde seguramente consideraron no serían perturbados. Quiroga Forero que estaba atento a los movimientos de su amante los siguió, también, en un vehículo de servicio público, y cuando la pareja conformada por Desiderio y María Herminia atravesaba un prado fue sorprendida por el Oficial del Ejército, quien la emprendió directamente contra el Suboficial y le asestó más de diez puñaladas causándole así la muerte instantáneamente. Muerto Castiblanco, el homicida se apoderó del revólver que su víctima portaba y que desde luego no pudo ser usado en defensa por lo sorpresivo y desprevenido del ataque. La Cuervo se retiró del lugar de los hechos y Quiroga Forero se dirigió a la casa de su padre, a quien le entregó el revólver a que se hizo referencia.

"Con base en los hechos anteriormente relacionados fue procesado Yezid Quiroga Forero y condenado en primera instancia por el presidente del respectivo consejo de guerra verbal, mediante sentencia calendarada el 7 de diciembre de 1972, a la pena principal de diez y seis (16) años de presidio como responsable de los delitos de homicidio agravado y hurto. Tal decisión fue confirmada por el Tribunal Superior Militar por medio de sentencia de fecha 10 de mayo de 1973 y es precisamente esta providencia la que es objeto del recurso extraordinario de casación ante esa honorable Corporación".

La demanda de casación

El mencionado Agente del Ministerio Público la sintetiza acertadamente en la forma que a continuación se expone:

"El doctor Ricardo Velásquez G., con poder previamente conferido por el procesado condenado, demanda ante esa Corporación la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar invocando para ello la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, es decir que considera la sentencia acusada como dictada dentro de un juicio viciado de nulidad.

"En su demanda, considera el doctor Velásquez que se violaron los artículos 26 y 170 de la Constitución Nacional. Hace especial referencia a esta última disposición, por cuanto que Yezid Quiroga Forero 'consumó los hechos investigados no propiamente por razones del servicio, por causa del servicio, o por causa de las funciones inherentes al mismo, sino por el contrario dentro de una acción a título personal, indiferente a su condición de miembro del Ejército Nacional...' para ello hace referencia a la sentencia dictada por esa honorable Corte el 4 de octubre de 1971 como consecuencia de la demanda presentada por el profesional del derecho José Ríos Trujillo contra el Estatuto penal castrense (Decreto 250 de 1958).

"Igualmente hace relación a una presunta nulidad del juicio, porque considera que el hecho cometido por su poderdante lo fue en las circunstancias determinadas por el artículo 29 del Código Penal colombiano y que ellas fueron desconocidas por los vo-

cales. Y, que al haber ocurrido los hechos mediando ese estado en que se encontraba Quiroga Forero, en su sentir, era procedente el juzgamiento sin intervención del jurado, aparte, se repite, de que ha debido serlo por la jurisdicción penal ordinaria 'tal como ocurre en la actualidad para elementos civiles'."

Concepto del Procurador

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares "considera que no se ha violado ninguna de las normas a que se refiere el demandante, pues la argumentación del ad quem y que comparte esta Procuraduría, como se anotó, no se sale de las casillas legales como para deducir que el fallo de segunda instancia se dictó en juicio viciado de nulidad". Por tanto, conceptúa que "deben negarse las pretensiones del demandante".

Se considera

Aduce el actor que la sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción, porque el Subteniente Yezid Quiroga Forero, habiendo cometido delitos que no guardan relación alguna con el servicio militar, fue juzgado, no por la justicia ordinaria, sino por la castrense.

Esta Sala, en auto de 30 de octubre de 1970, dirimiendo una colisión negativa de competencias entre el Tribunal Superior Militar y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, concluyó así:

"Encuentra la Corte, según lo anotado, que lo único que determina la competencia de la justicia penal militar para conocer de los delitos comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, es la circunstancia de que el hecho se cometa cuando el país se encuentre en estado de guerra, turbación del orden público o conmoción interior. Y esa competencia se mantiene, así dejen de tenerse tales circunstancias".

Y en auto de 4 de noviembre, reiterando la anterior jurisprudencia, expuso:

"...Compete a la justicia castrense el conocimiento de los delitos previstos en el

Código Penal ordinario y en las leyes que lo adicionan cometidos en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior por militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, aunque la normalidad sea restablecida mientras se adelanta el proceso correspondiente”.

La Corte, en Sala Plena, en sentencia de 4 de octubre de 1971, declaró exequibles los ordinales primero y segundo del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar.

De suerte que la justicia penal militar conoce de los delitos cometidos en cualquier tiempo por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio; y de los delitos establecidos en las leyes penales comunes que cometan militares en servicio activo en tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior.

Ahora bien; los delitos por los cuales fue procesado Quiroga Forero están definidos y sancionados por la ley penal común y fueron cometidos el 25 de diciembre de 1971, cuando se hallaba —como se halla aún— vigente el Decreto legislativo número 250 del 26 de febrero de 1971 que declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República. Siendo Quiroga Forero un militar en servicio activo cuando perpetró los referidos delitos, obviamente debió conocer de ellos la justicia penal castrense, de acuerdo con el ordinal segundo del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, declarado exequible por la Corte, en Sala Plena, en sentencia de 4 de octubre de 1971.

Finalmente, la Sala no observa incompatibilidad manifiesta entre el parágrafo del artículo 560 del Código de Justicia Penal Militar, por una parte, y los artículos

164 y 170 de la Constitución Nacional, por la otra, para dejar de aplicar el primero en guarda de la integridad de la Carta y por la vía de excepción que ésta consagra en su artículo 215. No es evidente que la Constitución se oponga por modo flagrante, en clara antonomia, a la norma citada del Código de Justicia Penal Militar. Para extraer la conclusión de que esta norma es inexecutable, se requiere un estudio a fondo de la Carta, tras una serie de razonamientos jurídicos. Pero tal estudio sólo podría hacerlo la Corte en ejercicio del poder jurisdiccional que le confiere el artículo 214 de la Constitución. La excepción de inexecutableidad supone una notoria incompatibilidad entre la ley ordinaria y la Suprema, lo cual no se da en el presente caso.

En conclusión, los cargos deben rechazarse por carencia de fundamento jurídico y, por tanto, ha de procederse conforme a lo estatuido en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que expresamente se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior Militar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

JUECES COMISIONADOS

Los jueces comisionados por el funcionario instructor no son recusables.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., seis de diciembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos

El doctor Esteban Bendeck Olivella, en su condición de apoderado del doctor Clímaco Buitrago Botello, en escrito de veintisiete de noviembre último, interpone recurso de reposición contra el auto de fecha doce del mismo mes, mediante el cual la Sala declaró que los jueces comisionados por el funcionario instructor no son recusables.

Argumenta el recurrente que la tesis de la Corte desconoce, en sus más justos alcances, la precisión y claridad de las voces del artículo 89 del Código de Procedimiento Penal, “cuya inteligencia no se presta a equívocos”, por la materia que regula y “porque es norma especial que excluye cualesquiera otras de carácter general referentes a la recusación”, y “no distingue entre las clases de jueces, para exceptuar a algunos de ellos de su imperio, sino que, por el contrario, preceptúa el modo como deben ser recusados los jueces en comisión”.

Dice asimismo el impugnador que el artículo 143 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto prescribe que los jueces comisionados no son recusables, no es aplicable en materia penal, pues el artículo 89 del estatuto procesal regula en forma específica el punto cuestionado en el recurso y en el escrito de recusación.

Se considera

La Corte insiste en que el artículo 89 citado, regla los impedimentos y recusacio-

nes, en la etapa sumarial, exclusivamente con relación al funcionario instructor distinto del juez competente para conocer del proceso. Cuando este es el caso, si el juez competente declara fundado el incidente de recusación, él personalmente continúa la instrucción, “por sí o por medio de comisionado”.

En el caso que se examina, el juez de instrucción es la Corte, al través del Magistrado sustanciador. Y es ella el juez competente, al través de su Sala Penal.

Así las cosas, el funcionario que instruye este proceso no es distinto del juez competente para conocerlo.

El funcionario instructor es distinto del juez competente, solamente cuando obra por iniciativa suya de él, dentro de la órbita de su competencia, y no por comisión impartida por el segundo.

Los jueces comisionados, los Magistrados o Jueces que conocen del respectivo incidente de recusación, ni los funcionarios que deban dirimir los conflictos de competencia, son recusables (apartado 4º del artículo 143 del Código de Procedimiento Civil).

Contrariamente a lo afirmado por el doctor Esteban Bendeck Olivella, el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, reza en la forma que a continuación se transcribe:

“Artículo 8º Aplicabilidad de las normas de procedimiento civil. Son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código o en leyes especiales, las disposiciones que rijan sobre la organización judicial y procedimiento civil”.

No es exacto, tampoco, que el artículo 89 preceptúe el modo “como deben ser recusados los jueces en comisión”. Todo lo contrario. La precisión y claridad de sus

voces obligan al juez competente para conocer del proceso —cuando declara fundado el incidente de recusación— a continuar él mismo en la instrucción, “por sí o por medio de comisionado”. El comisionado, entonces, en los inequívocos alcances del artículo 89, ejecuta simplemente las órdenes que le imparte el comitente que, por ministerio de ley, debe continuar él mismo la instrucción, así lo haga por medio de comisionado.

Parece ya suficientemente explicado que cuando el juez competente para conocer del proceso debe, él mismo en la hipótesis del artículo 89, continuar la instrucción y lo hace por medio de comisionado, no pierde el carácter de funcionario instructor, ni lo adquiere el segundo por virtud de la comisión recibida. Lo propio ocurre cuando, sin que medie dicha circunstancia, el fun-

cionario competente para conocer del proceso resuelve instruir él mismo el sumario, y lo hace al través de un comisionado. En ambas hipótesis este último no es recusable.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no repone la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD SUPRALEGAL

No la constituye el hecho de haberse producido una peritación psiquiátrica con posterioridad a la fecha indicada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., seis de diciembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Está acusada en casación la sentencia de veintiuno de octubre de mil novecientos setenta y dos, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, confirmando la de primer grado, condenó a Edgar Eggen Guevara, como responsable del delito de homicidio (asesinato) en la persona de Sigifredo Montes Collazos, a la pena principal de quince (15) años de presidio, más las accesorias de rigor legal, como también al pago, en abstracto, de los perjuicios causados con la infracción.

Agotado el trámite propio del asunto, se procede a dictar sentencia de mérito.

Antecedentes

a) Alrededor de las diez y media de la noche del diez de julio de mil novecientos setenta y uno transitaba el joven Sigifredo Montes Collazos por la "Avenida Colombia" de la ciudad de Cali cuando del Edificio Benjamín Isaza, distinguido con el número 6-60, le salió al paso un individuo desconocido, con sandalias y camisa por fuera, exigiéndole que se identificara. Como se negara a ello el joven transeúnte, el desconocido lo agarró por el cuello, y entre zarandeos, ultrajes y empujones, lo llevó contra el muro, instándolo a que corriese. Como el agredido no obedeciera, por pare-

cerle absurdo, el agresor, separándose un poco de su víctima, le disparó con el revólver que portaba, causándole una herida "de un centímetro de diámetro, situada en la fosa ilíaca derecha, sin orificio de salida, penetrante abdominal y perforante del intestino delgado y meso", lesiones que le produjeron la muerte el día 21 de septiembre de 1971, según de manera terminante expresaron los médicos legistas en dictamen del 3 de enero de 1972, visible al folio 120 del informativo. El atacante, capturado en el sitio mismo de los hechos, resultó ser Edgar Eggen Guevara, quien cumplía funciones de administrador del Edificio Benjamín Isaza;

b) Adelantada la respectiva investigación, previa clausura de la misma el Juzgado Primero Superior de Cali calificó su mérito mediante providencia del 2 de marzo de 1972, mediante la cual resolvió "Abrir causa criminal y llamar a responder en juicio, por los trámites en que interviene el jurado de conciencia, a Edgar Eggen Guevara, de condiciones civiles y personales conocidas en el expediente, por el delito de homicidio de que trata el Código Penal, en su Libro 2º, Título XV, Capítulo 1º, agotado en perjuicio de Sigifredo Montes Collazos, en las horas de la noche del 10 de julio de 1971, en la Avenida Colombia, número 6-60 de esta ciudad". (Fls. 145 a 172, Cd. 1º);

c) Ejecutoriado en la instancia el auto de proceder y abierto el juicio a pruebas por el término legal, el juzgado del conocimiento ordenó practicar las siguientes: "a) Ampliación del testimonio del Agente de la Policía Nacional División Valle del Cauca, Rigoberto Nieves, con Placa número 56241; b) Remitir al procesado Edgar

Eggen Guevara juntamente con la causa a los señores Médicos Legistas de la ciudad, para que le practiquen un examen psicosomático a fin de establecer, si al momento de los hechos o con posterioridad a ellos el sindicado acusaba síntomas de haber padecido o padecer alguna perturbación mental o anomalía síquica de algún género" (Fl. 166, Cd. cit.);

d) Con oportunidad de la audiencia pública se sometió a la consideración del jurado el siguiente cuestionario:

"El acusado, Edgar Eggen Guevara, de unos 32 años de edad, natural y vecino de Cali, casado, de profesión vigilante de edificios, es responsable, sí o no, de haberle ocasionado a Sigifredo Montes Collazos con intención de matar, y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, una herida con arma de fuego, de un centímetro de diámetro, situada en la fosa ilíaca derecha, sin orificio de salida, penetrante abdominal y perforante del intestino delgado, que le ocasionó la muerte, en hechos ocurridos en la noche del 10 de julio de 1971, en la Avenida Colombia, frente al Edificio número 6-60, cuyo deceso se produjo el 21 de septiembre de 1971?" (Fl. 188. Cd. cit.).

El jurado contestó: "Sí es responsable". En desarrollo de tal veredicto se dictaron los fallos de primero y segundo grados, a los cuales se refiere la parte inicial y motiva de la presente sentencia.

Demanda de casación

Para cumplir con el primero de los requisitos previstos por el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, el demandante presenta el "resumen de los hechos debatidos en el juicio" a través de fragmentarias transcripciones de algunas piezas procesales, manifestando luego, tras invocar la causal cuarta de casación, única aducida, que impugna el fallo recurrido "por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad al violar el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Sentado lo anterior y luego de recordar el texto del artículo 412 del Código de Procedimiento Penal, que ordena al funcionario de instrucción practicar todas las investigaciones necesarias para apreciar el ca-

rácter y la conducta anterior del procesado, conocer sus antecedentes personales y de familia, el ambiente en que ha vivido, las relaciones que ha mantenido y cultivado, y, en general, todo lo que pueda descubrir su personalidad y los motivos que lo han inducido al delito, la acusación se construye en un extenso alegato abundoso en jurisprudencias de la Corte y citas de tratadistas nacionales y extranjeros de Medicina Legal y Psiquiatría Forense. De la urdimbre argumental es posible extraer, sin embargo, los siguientes motivos de impugnación:

1. La peritación a que se refiere el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal no puede ser una cualquiera, "algo para salir del paso, por cumplir con un compromiso", como ocurrió en este proceso. Ese examen "debe ser realizado indiscutiblemente por expertos en Siquiatría". No basta que los galenos ostenten la categoría de legistas.

2. "Es acto procesal inexistente tal 'examen psicosomático' porque él no fue, en la etapa del juicio, realizado dentro de los términos legales". Conforme al artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, las pruebas decretadas en la causa deberán practicarse dentro del término de quince días. En el presente caso el auto que decretó la referida prueba fue dictado el 21 de marzo de 1972, y la "célebre experticia" se entregó el 28 de abril, "es decir, vencidos ya los términos".

3. Hubo "redacción irregular del cuestionario para los señores del tribunal popular". Porque el aludido cuestionario, al referirse a las causas determinantes de la muerte de Montes Collazos, no armoniza con lo que sobre el particular se expresó en el auto de proceder. En desarrollo del cargo transcribe el actor fragmentos de diferentes piezas procesales, de todo lo cual concluye:

"Es decir, . . . , que al jurado se lo confundió y se vulneraron los derechos constitucionales del señor procesado pues la realidad es que nunca, hasta hoy, se supo a qué se debió la muerte del señor Montes Collazos y que si en el auto vocatorio a juicio se hizo el estudio que acabo de transcribir sobre el 'aspecto material de la muerte violenta' y habiendo sido siete (7) los

diagnósticos de la causa de muerte, ratificados por los señores legistas, a los miembros del juri había necesidad de inquirirlos sobre esas causas de la muerte..."

En suma, estima el actor que cada uno de los tres aspectos de la censura atrás reseñados está demostrando una violación del artículo 26 de la Carta, por inobservancia de las formas propias del juicio. Y pide, por último, un pronunciamiento acorde con el artículo 583, ordinal 3º, del Código de Procedimiento Penal.

El Ministerio Público

Con la amplitud adecuada estudia el Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Primero, todos y cada uno de los aspectos en que el demandante divide la censura, estudio a través del cual llega a conclusiones abiertamente contrarias a las que el demandante sustenta. Resulta apenas natural, por tanto, que su extenso alegato finalice con la solicitud de que se "rechace la demanda y se ordene la devolución del expediente al Tribunal de origen".

La Corte considera

1. Consta en el proceso que el juez del conocimiento, por auto del 21 de marzo de 1972, ordenó enviar al procesado, junto con el expediente, a los médicos legistas de la ciudad de Cali, con la clara finalidad de establecer, mediante el examen psicosomático correspondiente, si aquél, en el momento de cometer el hecho o con posterioridad, "acusaba síntomas de haber padecido o padecer alguna perturbación mental o anomalía síquica de algún género".

2. En desarrollo de su encargo, los médicos forenses presentaron el 28 de abril de 1972 el siguiente dictamen:

"Señor

Juez Primero Superior de Cali,
La Ciudad.

"Referencia su oficio número 186 del 18 de abril en curso. Se practicaron los exámenes solicitados en su auto del 21 de marzo de 1972, folio 166 del expediente y se comprobó que Guevara Edgar Eggen, hombre de treinta y dos (32) años aparente, no presentó ningún signo ni síntoma de per-

turbación mental, de ninguna clase. Al leer piezas del expediente, que tienen relación con estos exámenes, tampoco encontramos fundamentos en ellas para decir que Guevara presentara perturbaciones mentales el día de ocurrencia de los hechos que lo tienen residenciado en juicio. Se devuelve junto con este concepto a su despacho la causa en un cuaderno 176 folios. (Fdos.) Euclides Orozco Rendón, médico forense; Hernando Rebellón Delgado, médico ayudante".

3. Con el fin de que las partes pudiesen hacer uso del derecho que les concede el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, el anterior dictamen fue puesto en conocimiento de aquéllas por el término de cinco días mediante providencia del 3 de mayo de 1972, de la cual se notificaron personalmente el Ministerio Público, el procesado y su defensor. Pero ni entonces ni durante el tiempo previsto por el artículo 277 ibídem hubo petición u objeción alguna por parte de quienes legítimamente han intervenido en el proceso.

En suma, el juez del conocimiento, lejos de quebrantar la ley, designó de manera preferente a los médicos oficiales, conforme al mandato contenido en el artículo 338 del Código de Procedimiento Penal; los peritos forenses cumplieron su encargo en la forma y con los requisitos que se exigen para la prueba pericial, y, finalmente, nadie objetó en ningún tiempo la peritación. Luego en manera alguna se quebrantaron las formas propias del juicio al ventilarse el proceso con intervención del jurado.

4. Nada es preciso agregar a lo expuesto por el Procurador para desvirtuar plenamente la segunda faz de la censura: "Si el señor demandante hubiera estudiado el proceso con mayor detenimiento, seguramente no habría elevado la queja, referente a haberse practicado la pericia "vencidos ya los términos". Al efecto, se tiene que por auto de marzo 21, como él lo afirma, se ordenó el examen psicosomático del procesado (Fl. 166), mas únicamente en abril 20 se remite el expediente a los señores médicos legistas, (Fl. 176 v.) y obviamente, como se desprende de los oficios números 188 y 189 (Fls. 175 y 176) el procesado fue puesto a órdenes de ellos en la misma fecha. Los peritos médicos envían su pericia

en abril 28, es decir, ocho días después, lo que sin duda alguna no da margen al cargo, tan equivocadamente formulado". Es evidente, de otro lado, que aun en la hipótesis de haberse producido la peritación psiquiátrica con posterioridad a la fecha en que realmente se produjo, a tal irregularidad no podría asignársele el rango de nulidad supralegal, como lo pretende el actor.

5. En cuanto a la tercera y última tacha, basta observar que el cuestionario formulado al tribunal popular en este proceso se ciñe fielmente a las pautas trazadas en el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, que gobierna la materia. En efecto, se le preguntó al jurado, como lo observa el Ministerio Público, si el acusado era responsable o no de haber herido o lesionado, con intención de matar, a Sigifredo Montes Collazos, especificando las circunstancias que rodearon el hecho criminal, "dejando en claro que la muerte fue ocasionada por tales heridas o lesiones, como lo indicaban las piezas procesales, especialmente los reconocimientos médicos y la necropsia". Constituye así el cuestionario de autos un reflejo fiel de los cargos formulados en el auto de proceder, sin vaguedades o imprecisiones, razón por la cual resulta inconsistente el cargo de que aquél

produjo confusión en la mente de los jueces de conciencia. Y siendo ello así, como lo es, precisa concluir que tampoco por este aspecto se quebrantaron las garantías constitucionales o legales del procesado.

No prospera, en suma, ninguno de los motivos de impugnación aducidos al amparo de la causal cuarta estudiada.

Decisión

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la Procuraduría Primera 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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS

Cuándo tiene o cuándo no tiene operancia. — La Corte reitera su doctrina sentada en providencias de 21 de agosto de 1973 y 27 de septiembre de 1972.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre trece (13) de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de catorce de abril último, por la cual se le impuso al procesado Efraín Polanco Ospina la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión, como responsable del delito de estafa.

Conoció en primera instancia el Juzgado 2º Penal del Circuito de Garzón.

Hechos

La Procuraduría Primera Delegada en lo Penal acoge la siguiente síntesis de lo sucedido:

“Según consta en autos, Salvador Perdomo era propietario de la finca denominada ‘Buenavista’ ubicada en la fracción de Potrerillos, jurisdicción del municipio de Gigante.

“Un buen día resolvió vender el citado inmueble al señor Efraín Polanco, con quien acordó que el precio del inmueble era de ciento sesenta mil pesos (\$ 160.000.00) moneda corriente.

“Según dice el denunciante Perdomo, a petición de Polanco, se hizo constar en la escritura que se firmó en la Notaría de Garzón, el día 15 de octubre de 1968, que el inmueble se vendía por valor de sesen-

ta mil pesos (\$ 60.000.00) pagados al contado, los que el vendedor declaraba recibidos a satisfacción, cuando en realidad la venta se hizo por ciento sesenta mil pesos, y el pago a plazos, ya que el señor Polanco le firmó por tal concepto una letra por cincuenta mil pesos, con un plazo corto de dos o tres meses, y el resto ofreció pagarlo poco a poco, con el producto de la finca, y a medida que obtuviera diferentes préstamos con las distintas entidades con las cuales afirmó que tenía buenas conexiones y posibilidades de préstamos.

“Agrega el denunciante que días después de firmada la letra en referencia, Efraín Polanco le dijo que ese instrumento negociable no servía porque habían quedado cambiados unos números de la cédula, la rompió afirmando que iba a pagar el dinero. Los días pasaron sin que Efraín Polanco cumpliera su promesa, hasta que ante los reclamos insistentes de Salvador Perdomo, le entregó un total de diecinueve letras, por valor de ocho mil pesos cada una, y con vencimientos anuales hasta el año de 1968.

“La letra de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00) a que se refiere el denunciante, se hallaba debidamente registrada, como se comprueba con el certificado expedido por el señor Recaudador de Impuestos Nacionales de Gigante, visible al folio 9 del cuaderno de la parte civil (Fl. 146 Cd. 3)”.

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Propone el demandante las siguientes causales de casación:

Cuarta

“Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”.

Aduce tres cargos, a saber:

1º Que el juzgador de segunda instancia, al desatar el recurso de apelación del fallo de primer grado, sin facultad para ello, incrementó la pena privativa de la libertad señalada por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Garzón, contrariando la doctrina acogida por la Corte sobre no reformatio in pejus.

2º Que la competencia para resolver sobre la cuestión denunciada es de la jurisdicción civil y no de la rama penal, pues, dice el actor, “el señor Perdomo debió recurrir al artículo 1740 del Código Civil y no haber actuado como lo hizo”, dando lugar a que, por el conocimiento que ha tenido la justicia penal ordinaria, se incurra en el caso de nulidad de que trata el ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

3º Que se incurrió en el auto de vocación a juicio en error en la calificación jurídica de los hechos, pues calificó lo ocurrido como estafa, no dándose esta infracción penal, pues, repite, se trata de una transacción civil, por lo cual se tiene la nulidad de que trata el ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Primera

Infracción indirecta de la ley sustancial, por cuanto el juzgador de segunda instancia hizo una errada apreciación de las pruebas, particularmente al contrato de compraventa celebrado entre Salvador Perdomo y Efraín Polanco Ospina, a las letras de cambio giradas y al alcance de la referida escritura, cuya “falsedad no ha sido demostrada”.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de un detenido examen de las tachas aducidas a través de las dos causales de casación mencionadas, estima que no tienen comprobación tales cargos y solicita que se deseche el recurso.

A las consideraciones del Ministerio Público habrá de referirse la Corte.

Considera la Corte

Está de acuerdo la Corte con la conclusión a que llega la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal, pues ciertamente los cargos propuestos no resultan demostrados.

En efecto:

II

Causal cuarta

Primer cargo

Reformatio in pejus

Es cierto que el Tribunal Superior de Neiva, Sala Penal de Decisión, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Garzón, elevó las penas allí indicadas por el juzgador de primera instancia de quince a dieciocho meses de prisión y de veinte pesos de multa a cincuenta pesos.

Pero la doctrina elaborada por la Corte sobre la no reformatio in pejus, particularmente en el alcance que le indica la providencia de 21 de agosto del corriente año (Casación de José del Carmen Tapias Carrillo, ponencia del Magistrado doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez, “Derecho colombiano”, N° 141, Bogotá, Págs. 277 a 287), excluye la tacha que el actor aduce.

En el proveído citado se dice, en efecto:

“1º La Sala reafirma una vez más la doctrina que exnuso la sentencia de 27 de noviembre de 1972 (casación de Salomón Meza y Santiago Muñoz), según la cual la competencia del iuez de segundo grado, originada por apelación del procesado o de su patrono judicial, lo faculta para revisar la providencia del inferior limitadamente al examen de los agravios que el acto impugnado hubiera podido causar al anelante, expresa o tácitamente comprendidos en el recurso, es decir, no da atribución al superior para hacer enmiendas perjudiciales, por contener mayores cargas para el recurrente, o sea que también el proceso penal está regido por el principio de la prohibición de la ‘reformatio in pejus’.

“2º Esa tesis tiene plena validez cuando la competencia del ‘ad quem’ dimana por

modo exclusivo del acto voluntario de la apelación del inculpado, como se advirtió en el referido fallo. No tiene operancia, por consiguiente, en el evento de apelaciones concurrentes de las distintas partes ligadas al proceso, ni cuando se trate de providencias que, por su importancia, están sometidas por la ley a consulta, grado éste de jurisdicción que confiere plenos poderes para revisar la resolución judicial del 'a quo' por todos los aspectos y hacerle las enmiendas que el superior estime conformes con el derecho".

Y la infracción penal porque fue condenado el recurrente, el delito de estafa, tiene ese grado de consulta, de acuerdo con la pena privativa de la libertad que para este ilícito punible señala el artículo 308 del Código Penal y lo que dispone el numeral 1º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, precepto este último que indica que es consultable "la sentencia y el sobreseimiento definitivo, cuando la infracción porque se procede tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal que exceda de un año".

No tiene, pues, comprobación este primer cargo.

Segundo cargo

Incompetencia del juez

Sabido es que corresponde a la jurisdicción en su rama penal la averiguación y sanción de las conductas definidas en la ley penal como delitos.

Al recurrente se le acusó del delito de estafa y es obvio que no correspondía a la rama civil de la jurisdicción adelantar las diligencias consiguientes para establecer si existió o no el hecho y si de haber ocurrido, daba lugar o no a una de las conductas previstas en el Código Penal como delitos.

En razón del cargo propuesto, la rama penal de la justicia entró a adelantar el sumario y a calificar su mérito, dentro de su exclusiva competencia. Y habiendo hallado el mérito del caso para abrir el juicio, llegó a la sentencia condenatoria objeto del recurso de casación.

No existe, pues, la nulidad alegada y este segundo cargo carece de demostración.

Tercer cargo

Error en la calificación jurídica de los hechos

Dice el actor que no se tiene, en los hechos averiguados, el delito de estafa y que, al darlo por existente el juzgador en las instancias, particularmente cuando profirió auto de proceder contra Polanco Ospina, incurrió en yerro en la calificación jurídica de tales hechos, originándose, así, el caso de nulidad de que trata el ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

En providencia de 27 de octubre de 1953 (G. J. T. LXXVI, Pág. 690) expresa la Corte que "el error en el auto de proceder que la ley sanciona con nulidad, no puede consistir sino, principalmente, en imputar en la parte resolutive un delito distinto al comprobado en el proceso (como robo, en vez de estafa), o en referir el delito a título o capítulo que no le corresponde (como si tratándose de estafa, se menciona el Capítulo III, en vez del IV, del Título XVI)".

No se puede, pues, buscar a través del caso de nulidad de que trata el referido artículo 210 del Código de Procedimiento Penal en su quinto ordinal, que se entre a revisar en casación los fundamentos probatorios de una providencia ajena a este recurso extraordinario, como lo es el auto de proceder, sólo porque se afirme que no resultan comprobados los elementos que conforman la infracción penal porque fue llamado a juicio el procesado y se diga que, por no existir delito, se incurrió en calificación errada de los hechos.

Anota el Procurador Primero Delegado en lo Penal al respecto, que para controvertir la calificación jurídica de los hechos es necesaria la condición de que exista delito que se indica como erradamente calificado. Y, expresamente, indica el Ministerio Público: "No entiende este Despacho cómo el señor demandante dice que se calificó erradamente un acto inexistente, pues él no reconoce la existencia jurídica del delito de estafa por el que se declaró reo a su patrocinado jurídico. Si no existió infracción penal, sino que se estructuró... apenas, un ilícito civil... "imposible es afirmar que hubo errada calificación..."

en el orden de los delitos. "Se califica lo existente, lo real, lo demostrado. Así se llega a la conclusión de que este cargo es merecedor a todas luces de ser negado por carecer de demostración legal".

En fin, reitera la Corte, calificar en el campo jurídico-penal equivocadamente los hechos es darles el alcance de un delito distinto del que realmente conforman tales hechos.

Este cargo, por tanto, no está demostrado.

No prospera, según lo examinado, la causal cuarta.

II

Causal primera

Como se dejó anotado, el actor expresa que: "el Tribunal sentenciador aplicó indebidamente el artículo 408 del Código Penal que sanciona el delito de estafa, en razón de la torcida interpretación que le dio a las pruebas siguientes", elementos de juicio que pasa a reseñar.

Alude a la denuncia, a las letras de cambio giradas, al concepto médico según el cual Perdomo "es un campesino un poco ingenuo, con escasa cultura, pero con un índice de inteligencia satisfactoria" y se detiene en consideraciones relacionadas con el alcance probatorio de las escrituras públicas, no tachadas de falsedad.

Fuera de esa enunciación, el demandante no precisa y menos demuestra el error en que, dice, incurrió el juzgador de segunda instancia, pues para tal comprobación no basta con que se afirme que no se tuvo en cuenta aquella o ésta prueba, sino que

es indispensable fijar el alcance de ella en orden a excluir o tomar por existente un hecho, cuya presencia o ausencia determinen una modificación de lo resuelto en la sentencia impugnada.

Por ello, el Ministerio Público, en la respuesta a la demanda de casación, anota en cuanto a esta otra causal que "hay caos y confusión en el segundo capítulo de la demanda, fuera de omisiones protuberantes que la acreditan como digna de ser rechazada, toda vez que, si en realidad de verdad, como fue anunciada la naturaleza de la violación, es la indirecta, debió el señor demandante identificar la clase o calidad del error en que incurrió el *ad quem*, no a título de tangencial referencia, sino demostrándolo debidamente como muy precisamente la norma procedimental lo exige".

No prospera, según lo observado, esta última causal 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 Procurador Primero Delegado en lo Penal, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

EXTRADICION

Está restringida bien sea por la calidad de la persona cuya extradición se pide, ora a las modalidades que puedan acompañar al hecho para ratificarlo como delito común o como delito político, también a la pena correspondiente con la cual cada Estado reprime la infracción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre trece de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

Con oficio número O.J.-75, del 8 de marzo del año en curso, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, por conducto del Jefe de la Oficina Jurídica, envía la petición formulada por el Gobierno de la República del Ecuador para que el Gobierno de Colombia extradite a Octavio Alvarez Duque, Nabile Karam y Luz María Peña de Calderón, a quienes se les acusa como encubridores de un delito de robo cometido en la ciudad de Quito, según proceso que cursa en el Juzgado Segundo del Crimen de Pichincha.

Con la solicitud del Presidente de la República del Ecuador y sus Ministros de Relaciones Exteriores y de Justicia, contenida en Resolución del 10 de enero de 1972, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia hace llegar a la Corte Suprema de Justicia, a fin de obtener el concepto a que se refiere el artículo 746 del Código de Procedimiento Penal, los documentos que por vía diplomática le envió el Gobierno del Ecuador, o sea, la nota de la Embajada de este país en Colombia, del 13 de febrero de 1973, y el auto de proceder dictado contra las citadas personas, el 12 de mayo de 1972, con todas las constancias sobre su ejecutoria, de acuerdo con las normas

procesales internas. También acompañó copia autenticada del exhorto suplicatorio dirigido por el Juez Segundo del Crimen de Pichincha, fechado en Quito el 21 de junio del año últimamente citado.

De todos estos documentos, debidamente autenticados, surge claramente la atribución por el delito de encubrimiento, en la modalidad de receptación, de que, según los documentos enviados a la Corte, resultan responsables Nabile Karam, Octavio Alvarez Duque y Luz María Peña de Calderón, residentes en Cali, Departamento del Valle del Cauca, de conformidad con el artículo 559 del Código Penal de la República del Ecuador, que dice: "Los que hubieren ocultado, en todo o en parte, las cosas robadas, hurtadas u obtenidas mediante un delito para aprovecharse de ellas, serán reprimidos con prisión de seis meses a cinco años y multa de cuarenta a cien sucres". El texto anterior aparece en el auto de proceder a que se ha hecho referencia, que, como está expresado, tiene las autenticaciones oficiales pertinentes.

La infracción por la cual la justicia ecuatoriana solicita la extradición de los tres sindicados, está descrita en el artículo 200 del Código Penal y conminada con prisión de seis meses a cinco años y multa de veinte a dos mil pesos.

Trámite de la solicitud

Por auto del 14 de marzo del año en curso, se dispuso obtener el concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores, por conducto del Ministerio de Justicia, sobre si era el caso de proceder de acuerdo con las

convenciones o los usos internacionales; o si se debía obrar conforme indican los artículos 733 a 740 del Código de Procedimiento Penal. Esta providencia fue contestada en forma incompleta con oficio del 23 del mes citado en el que se acompañó copia del Acuerdo Bolivariano sobre extradición, suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911 (Ley 26 de 1913), y copia de la convención sobre la misma materia firmada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, aprobada por la Ley 74 de 1935.

Por auto del 5 de abril se dispuso nuevamente que la Cancillería Colombiana diera respuesta a la exigencia hecha anteriormente, pues, se dijo en esta segunda oportunidad, "se echa de menos el concepto preciso ya relacionado, el cual se pedirá con todo respeto", y el Jefe de la División de Asuntos Jurídicos lo rindió en el sentido de que debía procederse "con sujeción a las convenciones o usos internacionales, sin que se invoquen los artículos que regulan la materia en el Código de Procedimiento Penal".

Ante esta afirmación oficial, contenida en la nota del 7 de mayo de 1973, remitida a la Corte siete días después, se dictó el auto del 12 de junio y en él se dispuso que la petición se tramitara como incidente, por mandato del artículo 755 del estatuto procesal, y, en consecuencia, se ordenó correr traslado a las personas reclamadas; lo que se cumplió por conducto del funcionario comisionado en Cali respecto de Nabile Karam y Octavio Alvarez Duque, pero no en relación con Luz María Peña de Calderón por ignorarse su paradero.

En providencia del 6 de julio, y en vista de que Karam y Alvarez Duque no se hicieron presentes para reclamar contra la demanda de extradición, se ordenó pedir a las autoridades correspondientes los comprobantes sobre su nacionalidad e interrogar a los interesados sobre distintos puntos que se explicaron en el auto de esa fecha.

El Departamento Administrativo de Seguridad, Seccional Valle del Cauca, Grupo de Extranjería, en oficio número 3854 del 30 de junio de 1973, informó que Nabile Chanine Karam es de nacionalidad libanesa y aparece registrado bajo el T. D. 23247, confidencial 923, hijo de Chahin y Martha, de profesión administrador; pro-

pietario y técnico relojero, nacido en Chesbet, Líbano, en agosto de 1930, casado con Anttonuet Nabile Zarzone. A folios 55 y siguientes figura la copia autenticada del pasaporte en que se ratifican todos estos datos.

Luz María Peña de Calderón es colombiana, natural de Popayán, de 40 años de edad, casada, comerciante y con cédula de ciudadanía número 29104269 de Cali. A folio 64 figura la copia de este documento.

Octavio Alvarez Duque es también colombiano, natural de Manizales, transportador de leche, casado, residente en Cali, de 48 años de edad y con cédula de ciudadanía número 6058683, expedida en Cali. Copia de este documento figura en el folio 164 del informativo.

En atención a que sólo se había logrado notificar personalmente a Karam y a Alvarez Duque, se dispuso, en auto del 2 de octubre, designarle apoderado de oficio a Luz María Peña, y el abogado doctor Lisandro Martínez Zúñiga tomó posesión del cargo y una semana después presentó alegato para pedir se negara la extradición de su defendida, pues, a su juicio, la solicitud de la Embajada del Ecuador no fue hecha en debida forma, ya que no se autenticó la firma, y, de otro lado, "el Gobierno no está obligado a extraditar a ciudadanos colombianos".

Existiendo la constancia de que las tres personas reclamadas por la justicia ecuatoriana habían sido procesadas en el circuito de Cali, se pidió por auto del 5 de noviembre, el envío de copias auténticas de las providencias que se hubieran dictado, y el Juez 15 Penal de ese Circuito hizo llegar, en original y duplicado, copia del auto de proceder dictado por ese Despacho el 22 de diciembre de 1972 y confirmado por el Tribunal Superior del Distrito en providencia del 14 de mayo de 1973.

A Alvarez Duque, Karam y Luz María Peña (esta última fue declarada reo ausente), se les acusa en el auto de proceder como responsables del delito de encubrimiento que describe el artículo 200 del Código Penal y los hechos que dieron lugar a esta calificación son los mismos expuestos por el Juez de Quito, esto es, el robo de una joyería en la capital ecuatoriana y el ocultamiento del producto de ese delito, lo mis-

mo que su venta a otras personas conociendo perfectamente la ilicitud de su procedencia.

Tanto Alvarez Duque como Nabile Karam se encuentran gozando del beneficio de libertad provisional otorgado al primero por el Juez del Circuito y al segundo por el Tribunal de Cali, apoyándose en el numeral 6º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Corte

En conceptos del 27 de marzo de 1947 (G. J. T. LXIII, Pág. 145) y del 25 de agosto de 1951 (G. J. T. LXX, Pág. 192), la Corte definió expresamente que con la República del Ecuador existe el Acuerdo Bolivariano sobre extradición suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911, ratificado en Colombia por la Ley 26 de 1913 y que las disposiciones contenidas en él se imponen a los principios generales.

Se reafirma esta declaración con la Convención de 1933, suscrita en Montevideo y aprobada por la Ley 74 de 1935, cuyo artículo 21 dispuso: "La presente Convención no abroga ni modifica los tratados bilaterales o colectivos que en la fecha del actual estén en vigor entre los Estados signatarios".

En los conceptos citados la Corte expresó que "los Estados contratantes convinieron mutuamente en entregar a los individuos que condenados o procesados por las autoridades judiciales de los respectivos países en calidad de autores, cómplices o encubridores, busquen asilo o se encuentren en territorio de uno de ellos. Pero este principio —extradición— no se consignó en el tratado público como norma absoluta y libre sino como precepto restringido o condicionado, bien sea a la calidad de la persona cuya extradición se pide, ora a las modalidades que pueden acompañar al hecho, para ratificarlo como delito común o como delito político, también a la pena correspondiente con la cual cada Estado reprime la infracción".

Estas mismas afirmaciones están contenidas y ampliadas en el concepto del 22 de febrero de 1961 (G. J., T. XCIV, Pág. 702), si bien referidas a una solicitud de extradición hecha por el Gobierno de Venezue-

la, con el cual Colombia está vinculada igualmente por el Acuerdo Bolivariano de 1911. En esta oportunidad se aclaró que la entrega de los propios nacionales no está prevista en dicho Acuerdo y que en esas condiciones, no figurando como excepción, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 9º del Código Penal colombiano.

Fluye de lo anterior que los conceptos de 1947 y 1951, ya citados, deben ampliarse en el sentido de que, concurrentemente con la calidad de la persona cuya extradición se demanda, con el examen de las modalidades del hecho y con el cómputo de la pena correspondiente, debe tenerse en cuenta si se trata de un nacional del propio país ya que esta sola circunstancia impediría acceder a la demanda del Estado extranjero signatario del Acuerdo Bolivariano. Las razones son obvias y aparecen expuestas así en concepto del 16 de noviembre de 1951 (G. J. T. LXX, Pág. 887), que se ratifican ahora:

"Obvio es el motivo que existe para prohibir la extradición de los propios nacionales por demanda de otro Estado, y consiste en que se considera expuesto a posibles peligros, graves y humanos, el juzgamiento de ellos en el extranjero cuando habiendo delinquirido fuera del país se encuentren de nuevo en su patria.

"Y en Colombia la prohibición descansa también en la base de que esos posibles riesgos son innecesarios, pues esta República, en un intento o principio de internacionalización del derecho penal con el propósito laudable de empezar a hacer efectiva la solidaridad de las naciones en la represión de la delincuencia, consignó en el artículo 7º del Código Penal de 1936 precisas reglas para aplicar la ley penal colombiana a nacionales y extranjeros que hayan perpetrado en el exterior algún delito, sin contar la contingencia especial de que trata el 5º.

"Semejantes reglas de aplicación de la ley penal en el espacio equivalen a una extensión provechosa de la extraterritorialidad de la misma ley en busca de la defensa social de todas las naciones".

Estas consideraciones encuentran respaldo además en el texto mismo del Acuerdo Bolivariano de 1911, pues el inciso 3º de su artículo 8º dice: "La extradición de los pró-

fugos, en virtud de las estipulaciones del presente Tratado, se verificará de conformidad con las leyes de extradición del Estado al cual se haga la demanda", lo cual significa que Colombia debe aplicar el artículo 9º de su estatuto represor y negar la entrega de sus propios nacionales.

La referencia se hace de manera expresa respecto de Octavio Alvarez Duque y Luz María Peña de Calderón, no así respecto de Nabile Karam, que es ciudadano extranjero, como resulta de los documentos públicos aportados y de las declaraciones hechas por él.

En relación con éste, la extradición no puede concederse porque el delito de que se le acusa fue cometido en territorio colombiano, de manera que rige en su caso el principio consignado en el artículo 4º del estatuto represor. No se trata de infracción cometida por este ciudadano en la República del Ecuador, sino de un hecho autónomo ejecutado en Colombia y some-

tido a proceso conforme a la norma sustancial que acaba de citarse.

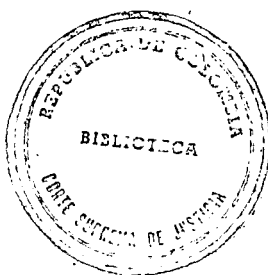
Concepto

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, emite concepto desfavorable a la extradición de Octavio Alvarez Duque, Nabile Karam y Luz María Peña de Calderón, según la demanda hecha por el Gobierno del Ecuador, de que se ha hecho mérito anteriormente.

Cópiese y devuélvase al Ministerio de Justicia.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.



COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO DE LOS AGENTES DE LA POLICIA

Los oficiales y agentes de la Policía Nacional que con ocasión del servicio o por causas del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cometan un delito, serán juzgados de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio seis de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

Cumplido el trámite de ley, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Carlos Julio Casallas González contra la sentencia de 21 de septiembre de 1972 del Tribunal Superior Militar, que confirmó la de 27 de junio del mismo año dictada por el presidente del consejo verbal de guerra que juzgó al acusado, providencia ésta en la que se condenó al recurrente a la pena principal de dos años de prisión, por un delito de concusión cometido en perjuicio directo del menor Adalberto de Jesús Navarro Martínez.

Hechos y actuación procesal

Los hechos que motivaron el proceso los resume el colaborador fiscal, con sujeción a las demostraciones de los autos, del modo que a continuación se traslada:

“El jueves 30 de marzo de 1972, aproximadamente a las 9:00 de la mañana, los Agentes de la Policía Nacional Carlos Julio Casallas González y Mario Hernán Jerez Amézquita que prestaban servicio de vigilancia en la carrera 7ª, zona comprendida entre las calles 45 y 53 de esta ciudad, le exigieron identificación al joven

—20 años— Adalberto de Jesús Navarro Martínez. Como éste exhibiera un certificado de policía expedido en la ciudad de Santa Marta, el Agente Casallas le manifestó que carecía de valor en esta ciudad, por lo cual sería confinado durante un mes en colonias, pero que ello podía evitarse mediante un arreglo consistente en la entrega de dinero o de alguna prenda. Como Navarro Martínez afirmara que únicamente tenía la suma de nueve (\$ 9.00) pesos y el reloj, Casallas se transó finalmente por este último. Mientras esto ocurría, su compañero Jerez Amézquita permaneció alejado conversando con alguien a quien, al parecer, le había exigido identificación. Navarro se alejó hasta llegar a una panadería en donde comunicó lo sucedido al propietario, quien le aconsejó hacerse acompañar de un pariente para denunciar. Posteriormente cuando un carro patrulla al mando del Sargento 1º Segundo Cristo Moreno Croso transitaba por la calle 64 con la carrera 6ª, la víctima solicitó la intervención de los agentes del orden, que inmediatamente recorrieron la zona hasta hallar a Casallas y su compañero. Ante las afirmaciones de Navarro el Agente Casallas las negó, pero finalmente cuando su compañero Jerez Amézquita le puso de presente que no valía la pena crearse un problema por tan poca cosa, procedió a hacer entrega del reloj, no sin antes afirmar que la prenda fue recogida por él cuando Navarro huía al ser conducido a la Comisaría de Policía del Norte. Ambos agentes fueron confinados en sus respectivos cuarteles y Navarro presentó denuncia aconsejado por el Oficial de

servicio que fue informado de la conducta de los agentes”.

La denuncia correspondió al Departamento de Policía “Bogotá”, indicado por la ley como juez de primera instancia, quien comisionó al Juzgado 58 de Instrucción Penal Militar para adelantar la investigación.

En la fase de instrucción se acreditó la calidad de agentes de la Policía de los sindicatos, como también el ejercicio de sus funciones y el servicio que debían prestar el día de los hechos; se recibieron varios testimonios, y se oyó en indagatoria a los inculpados.

Realizada la investigación previa, el juez del conocimiento, obrando con arreglo a lo prescrito en el artículo 567 del Código de Justicia Penal Militar, dictó la Resolución número 25 de 15 de junio de 1972, en la que ordenó “convocar en la guarnición de Bogotá un consejo de guerra verbal para que, por los trámites señalados en el Capítulo II, Título VI, El Juicio, Libro Cuarto del Código de Justicia Penal Militar, juzgue a los agentes de la Policía Nacional Carlos Julio Casallas y Mario Jerez Amézquita, de las condiciones civiles y calidades policivas conocidas en autos, por el delito de concusión, siendo ofendido Adalberto de Jesús Navarro Martínez. Hechos ocurridos el 30 de marzo de 1972 en esta ciudad” (Fls. 83 y 84).

En la misma resolución se designaron las personas que debían integrar dicho consejo, y se facultó al presidente del mismo para señalar fecha y hora para su instalación.

El 21 de junio de 1972 se celebró la audiencia de juzgamiento y en ella se debatió el siguiente cuestionario, que fue contestado afirmativamente por todos los vocales:

“El acusado, agente de la Policía Nacional Carlos Julio Casallas González, de condiciones civiles y calidades policivas conocidas en autos, es responsable, sí o no, de haber obligado a Adalberto de Jesús Navarro Martínez a darle el reloj de su propiedad cuando con ocasión del servicio, abusando de su cargo y de sus funciones, despertó especial temor en el menor al anunciarle que por falta de un documento de identificación en forma sería privado de su

libertad. Hechos sucedidos el día 30 de marzo de 1972 en esta ciudad?”.

Con base en el veredicto, que en esta clase de juicios es la fuente inmediata del fallo, la presidencia del consejo verbal de guerra profirió sentencia el 27 del mismo mes y en ella impuso al acusado Casallas González la pena principal de dos años de prisión.

Contra esa providencia interpusieron el procesado y su defensor el recurso de apelación, y el Tribunal Superior Militar la confirmó en la suya de 11 de agosto de 1972.

La sentencia de segunda instancia fue impugnada en casación, recurso que fue concedido y que esta Sala de la Corte declaró admisible por auto de 22 de enero último y que se tramitó con arreglo a la ley.

Demanda y respuesta

El apoderado especial del procesado recurrente acusa el fallo del referido Tribunal invocando, en su orden, las causales 4ª y 1ª de casación contempladas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por considerar, en primer término, que la sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad, y, en segundo lugar, que aquella providencia es violatoria de la ley penal sustancial.

Causal cuarta

Al amparo de esta causal, el actor presenta varios cargos así:

Primer cargo

Nulidad del juicio “por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción”, pues no se trata en autos del delito de concusión sino del de extorsión.

Pretendiendo demostrar el cargo, dice el demandante que el Tribunal sentenciador ha debido aplicar, para reprimir la conducta atribuida al procesado, el artículo 406 del Código Penal, que sanciona la extorsión, en lugar del artículo 156 ibídem, que describe la concusión, por ser aquella norma más favorable y por contemplar idéntica situación. “Resulta aplicable al caso

del agente Casallas González —expresa el apoderado al resumir la censura— el artículo 406 del Código Penal que tipifica el delito de extorsión y no el artículo 156 de la misma obra que habla del delito de concusión, por ser la norma primera en cita más favorable a los intereses del acusado por tener una penalidad mucho más benigna y contemplar idénticas situaciones. Por tal motivo, tiene también aplicación el artículo 3º del Código Penal que rige para estos casos y cuya aplicación fue omitida por el honorable Tribunal sentenciador”.

Se contesta

Es manifiesto el error de técnica en que incurre el demandante, pues aduce nulidad del juicio por error en la denominación jurídica del delito, que en su opinión es el de extorsión y no el más grave de concusión, pero todo el desarrollo de la acusación lo dedica a sostener que el Tribunal Superior Militar ha debido aplicar en el fallo, con base en los hechos contenidos en el cuestionario y afirmados por el jurado —los que no cuestiona el demandante, quien, por el contrario, los acoge en el resumen que de ellos hace— el artículo 406 del Código Penal, en vez del artículo 156 del mismo estatuto, por ser aquella disposición “más favorable”. Suponiendo que ello fuera así, que no lo es porque los tipos descritos en tales preceptos no son idénticos aunque algunos de sus elementos sean coincidentes, el motivo de casación que ha debido plantear el recurrente era el de desacuerdo de la sentencia con el veredicto, o sea la causal 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

Segundo cargo

Nulidad constitucional, fundada en el artículo 26 de la Carta, porque, al decir del impugnador, el cuestionario propuesto a la consideración de los vocales que integraron el consejo verbal de guerra fue impreciso y confuso, lo que dificultó la defensa del acusado.

Sustenta el actor la acusación manifestando que el referido cuestionario “resulta sumamente confuso por cuanto que prime-

ro se le imputa el cargo de haber obligado al menor Adalberto de Jesús Navarro Martínez a darle el reloj de su propiedad y luego sí se le pregunta al jurado si el agente de policía abusó de su cargo y de sus funciones, para despertar especial temor en el menor al anunciarle que por falta de un documento de identificación en forma sería privado de su libertad”.

Y agrega seguidamente:

“La confusión e imprecisión del cargo formulado consiste en que primero ha debido interrogarse al jurado por el abuso que el procesado estaba haciendo de su cargo en actos de servicio para infundirle especial temor al menor cuando le anunciaba que por falta de un documento en forma sería privado de su libertad para luego sí interrogar al jurado sobre la entrega del reloj como secuela de ese temor que el agente le infundía”.

Más adelante expresa el apoderado del recurrente:

“Para que resultara correcta la formulación del cargo ha debido redactarse el cuestionario siguiendo el orden de los hechos y a cambio de redactarse la pregunta inquiriendo sobre la responsabilidad de “haber obligado a Adalberto de Jesús Navarro Martínez a darle el reloj de su propiedad”, ha debido interrogarse sobre la palabra “constreñir” a cambio de “dar” en razón de que la palabra “constreñir” es necesaria para la cabal tipificación del delito de concusión. Al no incluirse esta palabra en la pregunta se desnaturalizó el delito de concusión para quedar encajada la modalidad criminosa en otra figura delictiva como la extorsión, prevista en el artículo 406 del Código Penal donde se habla de la ejecución de la violencia para llevar a término un delito contra la propiedad por medio de “amenazas” a las personas. La amenaza se produjo cuando el procesado amenazó al menor con llevarlo a la comisaría y luego a colonias por no tener sus papeles en regla. La amenaza produjo su efecto por cuanto que el menor entregó el reloj que portaba al agente”.

Finalmente, resume de este modo el ataque procesal:

“Por la forma confusa como fue redactado el cuestionario en el presente negocio se dificultó la defensa del procesado y se

quebrantó el "primordial derecho de defensa" de que trata el artículo 26 de la Constitución Nacional. No se incluyó en el cuestionario las palabras "constreñir" e "inducir", indispensables para la configuración del delito de concusión".

Se responde

No es verdad que el cuestionario que se sometió a la consideración de los jurados que juzgaron al inculpado Carlos Julio Casallas González sea confuso o impreciso en sus términos. Los hechos que él recoge son la síntesis exacta de lo acontecido y reflejan todos los elementos estructurales del delito de concusión. Ciertamente es que el orden descriptivo del cuestionario no es rigurosamente igual al del artículo 156 del Código Penal, pero esa es cuestión adjetiva e intrascendente. Por ello observa con razón el Procurador Delegado para la Policía Nacional, al contestar la demanda:

"En este caso el cuestionario reúne, aunque no con la perfección deseable, los presupuestos del supracitado artículo 559, pues se observa que en él aparecen especificados los elementos constitutivos del delito de concusión, así:

"1. Calidad de empleado público en el inculpado Casallas González.

"2. Abuso del cargo y de las funciones.

"3. Uso o empleo de actos encaminados a obtener que Navarro Martínez diera dinero o alguna prenda, y

"4. La entrega del reloj como consecuencia de todo lo anterior".

La aseveración del demandante de que la redacción del cuestionario dificultó la defensa del acusado, "en razón de que el señor defensor no sabía si su patrocinado tenía que responder ante la justicia de un delito de robo, extorsión o concusión", no tiene el menor fundamento, pues desde la resolución por la cual se convocó el consejo de guerra quedó claro que el cargo formulado al agente Casallas González fue el de concusión; los elementos tipificadores de este delito fueron todos enunciados en el cuestionario debatido en el juicio, y, según las actas de la audiencia, el defensor no

abrigó duda alguna acerca de la ilicitud imputada a su acudido.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Tercer cargo

Nulidad del proceso por "incompetencia de jurisdicción", causal consagrada en el ordinal 1º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, pues de acuerdo con lo establecido en el ordinal 3º del artículo 38 del Código Penal correspondía a las autoridades de policía el conocimiento del asunto, puesto que el reloj materia de la infracción fue avaluado en la suma de ochenta pesos, y "aplicando al caso sub iudice el artículo 3º del Código Penal, la calificación del delito imputado al procesado no hubiera sido el de concusión sino el delito de extorsión".

Se responde

Versando el proceso sobre un delito de concusión, correspondía a la justicia penal militar su conocimiento, por mandato del artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, que prescribe:

"Los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional que, con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cometan un delito, serán juzgados de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar".

Por virtud de esa norma, anota el colaborador fiscal, "el agente Casallas González era juzgable con arreglo al Código de Justicia Penal Militar, pues está plenamente demostrado que cometió la infracción en el ejercicio de funciones y atribuciones. De manera que no existe la nulidad invocada por el apoderado del recurrente".

El cargo que se contesta está construido sobre el supuesto falso de que el delito cometido por Casallas González fue el de extorsión y no el de concusión, olvidando el demandante que el procesado era un empleado público, como agente de la Policía, que se hallaba en servicio a la hora de los hechos, y que abusando de su cargo construyó (u obligó, que es igual) al menor Adalberto de Jesús Navarro a entregarle su reloj, bajo la amenaza de privarlo de su liber-

tad si no lo hacía, delineándose así con toda nitidez el delito contra la administración pública por el cual el sujeto activo fue procesado y condenado.

El cargo, pues, es infundado y no prospera.

Cuarto cargo

Es sustancialmente el mismo: incompetencia de la justicia penal militar para juzgar al agente Casallas, "en razón de que la apropiación del reloj no fue por actos del servicio ni como consecuencia del mismo servicio, razón por la cual el delito averiguado era de conocimiento de la justicia ordinaria".

Se responde

El planteo de la acusación es disparatado. Es evidente que no puede ser un acto regular del servicio de un agente de la Policía el despojar a los particulares de sus haberes, pues aquel cuerpo de la Fuerza Pública no es una asociación para delinquir sino una institución para defender la vida, honra y bienes de los asociados. Existió el delito de concusión porque el agente Casallas González fue infiel a sus deberes y, abusando de su investidura, expolió a un particular, en momentos en que se le había confiado un servicio de vigilancia propia de su empleo.

El cargo no prospera.

Causal primera

En el ámbito de este motivo de casación, el apoderado del recurrente aduce tres cargos contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, así:

Primer cargo

Lo resume el Procurador Delegado en estos términos:

"Se aplicó indebidamente el artículo 156 del Código Penal, por cuanto dada la imprecisión y la manera confusa como se redactó el cuestionario "...no fue posible establecer si se trataba de un delito de concusión o de extorsión". Como se omitió consignar en el cuestionario las palabras "constrañir" e "inducir", mal podía hablarse del

delito de concusión. El juez de derecho debió acomodar la respuesta del jurado a la norma precisa del Código Penal, que no era otra que el artículo 406. Al dejar de aplicarse esta última, indebidamente se aplicó el artículo 156".

Se responde

Es notorio el error de técnica del demandante, por cuanto si sobre el veredicto emitido en la causa "no podía dictarse sentencia por el delito de concusión sino por el delito de extorsión, cuyos elementos tipificadores sí están claramente delineados en el cuestionario propuesto a la consideración de los señores vocales", según sus propias palabras, ha debido invocar la causal 2ª de casación: desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado, y no la primera, como equivocadamente lo hizo.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo

"Aplicación indebida", por parte del Tribunal sentenciador, de los ordinales 3º y 7º del artículo 37 del Código Penal, por cuanto las circunstancias de mayor peligrosidad que ellos contemplan y que se tuvieron en cuenta en la sentencia impugnada para graduar la pena, elevando el mínimo señalado para la infracción en el artículo 156 de aquel Código, "no tienen comprobación legal en los autos".

En el desarrollo de la censura, dice el actor en algunos pasos de la demanda:

"El numeral 3º del artículo 37 del Código Penal se refiere al "haber obrado por motivos innobles o fútiles". Y estas modalidades no tienen comprobación alguna en los autos pues en ninguna parte del acervo probatorio se demuestra que el agente Casallas González haya obrado en la ejecución del delito "por motivos innobles o fútiles". Los hechos que rodearon la presunta transgresión de la ley sustantiva quedaron absorbidos por la norma quebrantada y no se pueden tomar desde otro punto de vista para agravar la sanción al procesado".

"En consecuencia, faltando los motivos innobles o fútiles, no se puede tomar el artículo 37 en su numeral 3º como punto de

apoyo para aumentar la pena impuesta al procesado. Considero que el honorable Tribunal sentenciador incurrió en manifiesto error de derecho al dar por establecidas determinadas circunstancias no demostradas dentro del expediente. Por tal motivo, se le dio por parte del honorable Tribunal Superior Militar un alcance distinto al artículo 37 numeral 3º lo que implica violación directa de la ley sustantiva por interpretación errónea del ya citado numeral 3º

“El honorable Tribunal sentenciador quebrantó el numeral 7º del artículo 37 del Código Penal al computar en contra del procesado la circunstancia de mayor peligrosidad allí prevista sin que ésta hubiera tenido cabal demostración en los autos.

“El numeral 7º del artículo 37 del Código Penal se refiere cuando el delincuente “abusa de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, o de circunstancias desfavorables al mismo”. Esta circunstancia de mayor peligrosidad solamente es imputable cuando se trata de la comisión de delitos contra la vida y la integridad personal pero no cuando de delitos contra la propiedad se trata”.

Se responde

El planteamiento de la acusación es no sólo deficiente sino también claramente contradictorio, pues, como puede observarse en los párrafos transcritos, el demandante alega simultáneamente violación directa de la ley sustantiva por “aplicación indebida” del artículo 37, ordinales 3º y 7º del Código Penal: violación indirecta de la misma norma, porque los supuestos de hecho para su operancia no están demostrados; y error jurídico “por interpretación errónea” del texto legal que cita como infringido. Semejantes incongruencias impiden a la Corte, que no puede enmendar la demanda, entrar en el examen del cargo que se contesta, porque los motivos en que se hace consistir son bien distintos y no permiten su conciliación.

Consecuencialmente, el cargo no prospera.

Tercer cargo

“El honorable Tribunal sentenciador violó en forma ostensible y manifiesta los nu-

merales 1º, 7º y 8º del artículo 38 del Código Penal en forma omisiva por haber dejado de aplicarlos en el caso del agente Carlos Julio Casallas González”.

Afirma el apoderado del procesado recurrente que en el expediente, están establecidas las circunstancias de menor peligrosidad indicadas en los ordinales que cita del artículo 38 de la ley penal, no obstante lo cual el sentenciador no las tuvo en cuenta, por lo cual infringió, por falta de aplicación, la precitada norma.

Se responde

Si la violación de la ley sustantiva que el demandante les atribuye a los juzgadores de instancia obedeció a que no tuvieron en consideración “elementos probatorios allegados al proceso”, como él afirma, la acusación a la sentencia tenía que plantearse técnicamente por la vía indirecta, en la forma reglada en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

“Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o error de hecho que aparezca manifiesto en los autos”.

Al no haberse presentado el cargo en sujeción a las exigencias del caso, la Corte no puede ocuparse de su estudio y tendrá que desecharlo.

En conclusión, no encontrándose justificada ninguna de las causales de casación aquí aducidas, se procederá como lo indica el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Fallo

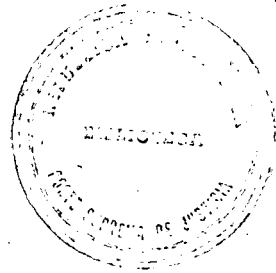
A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Delegado para la Policía Nacional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Carlos Julio Casallas González contra la sentencia del Tribunal Superior Militar de 21 de septiembre de 1972, a la cual se ha hecho referencia en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Publíquese en la Gaceta Judicial.

*Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo,
Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo*

*Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique
Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María
Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada V., Secretario.



PREVARICATO

El simple error o la ignorancia del derecho excluyen el prevaricato. — Es indispensable que resulte de los elementos de juicio, manifiesta la intención del autor de apartarse de la ley porque maliciosamente así se lo ha propuesto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio nueve (9) de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Consulta el Tribunal Superior de Cartagena el proveído de veintitrés de octubre último, por el cual sobresee definitivamente en favor del doctor Julio Padaui Meola, Juez Segundo Promiscuo de Menores de la misma ciudad, quien fue acusado del supuesto delito de prevaricato.

El denunciante, luego de aludir a un juicio adelantado por Rafaela Arroyo Avila contra José Germán Morales Palencia, sobre investigación de la paternidad, iniciado en octubre de 1969, y de referirse a un incidente de nulidad de lo actuado en ese asunto, anota:

“d) El incidente de nulidad no se tramitó conforme al ordenamiento del artículo 456 del Código Judicial. Y, en providencia de fecha cinco de agosto de 1969, el Secretario encargado del Juzgado Unico Penal, que es un lego en la ciencia del derecho, decretó la nulidad pedida. Tal proveído aparece al folio 51;

“e) En tiempo solicité reposición del auto de 5 de agosto de 1969 y en el mismo escrito expresé que ratificaba expresamente todo lo actuado, de conformidad con lo estatuido en el artículo 455 del Código Judicial. Mi escrito de reposición y de ratificación fue presentado el 13 de agosto de

1969. Acompaño el duplicado de ese escrito, con la constancia secretarial de recibo;

“f) El recurso de reposición no fue tramitado, vale decir, que el juez encargado no providenció al respecto. Del día 13 de agosto de 1969 al día 20 de octubre de ese mismo año, el juez encargado, digo mal: el Secretario encargado del Juzgado Unico de Menores, no produjo acto procesal alguno.

“Auto de 24 de noviembre de 1970: Como dije... el Juzgado 2º Promiscuo de Menores aprehendió el conocimiento del negocio de marras el 20 o el 24 de octubre de 1969. Y el día veinticuatro de noviembre de 1969, el Juez Segundo Promiscuo de Menores doctor Julio Padaui Meola, a sabiendas de que no se había tramitado el incidente de nulidad (Art. 456 del C. J.), ni el recurso de reposición (Art. 488 Ib.), profirió un auto contrario a la ley (Art. 20, Decreto 2525 de 1963...). En efecto, el Juez Padaui Meola dice en el citado auto lo siguiente: ‘Del análisis cuidadoso que hace el juzgado se observa con claridad absoluta que existen muchas irregularidades en la actuación procesal, ya que la mayoría de autos no fueron debidamente notificados y no puede el juzgado permitir que se violen derechos de las partes en este juicio. En verdad, que esas irregularidades no dan base para decretar nulidad, pero también es cierto que el artículo 448 del Código Judicial, ordinal 3º, dice que la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, es causal de nulidad en todos los juicios. Estamos precisamente en presencia de ese caso, y eso indiscutiblemente da base más que suficiente para no acce-

der a la solicitud del doctor Hermes Luján..." (el denunciante)... "y mantener en firme el auto de fecha cinco de agosto del año en curso. No es preciso entrar en nuevas consideraciones sobre el particular, porque la norma transcrita es demasiado diáfana y no admite controversia al respecto. Resuelve: No acceder a la petición que se ha formulado por el apoderado del demandado, y en consecuencia debe darse cumplimiento a lo que viene ordenado en el auto de fecha 20 de septiembre de 1968."

Agrega el doctor Hermes Luján lo siguiente:

"En oficio número 140 de tres de diciembre de 1969, suscrito por el Juez Padauí Meola, se ordenó al contador-pagador de la Base Naval 'A.R.C. Bolívar', en esta ciudad..." (Cartagena) "...descontar el 40% del sueldo y de las prestaciones sociales del Suboficial José Germán Morales Palencia por concepto de alimentos para el menor José Germán, hijo de la demandante Rafaela Arroyo Avila, a sabiendas de que el demandado había negado la paternidad, y de que por ningún medio legal se le había probado paternidad..." descuentos efectuados en diciembre de 1969 y enero de 1970, cuyo total fue entregado a la demandante.

Anota que el acusado, no obstante que no se tramitó el incidente de nulidad propuesto por la parte demandante, profirió el referido auto de 24 de noviembre de 1969, con violación del precepto contenido en el artículo 456 del Código Judicial, y no obstante, asimismo, que Morales Palencia negó la paternidad que se le atribuía. "Precisamente, mi mandante prenombrado es el demandado en aquel juicio, y si él no alegaba nulidad con base en el ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial, la contraparte, ni un tercero, están facultados para alegarla. Y lo que es más: a sabiendas de que el interesado según la ley en pedir la nulidad ratifica expresamente lo actuado, conforme al imperio del artículo 455 del Código Judicial, sin embargo el juez Padauí Meola dictó el auto de 24 de noviembre de 1969. Mi escrito de 13 de agosto de 1969 contiene todos los elementos de juicio o de evidencia judicial para prevenir el atropello a la ley, la arbitrariedad del juzgador; mas, a sabiendas el juez Padauí Meola

la profirió..." el referido auto... "que no tiene respaldo legal alguno, sino que depende de su capricho". Y a pesar de que "Morales Palencia negó la paternidad y de que no existía prueba alguna de tal paternidad..."

El acusado, doctor Padauí Meola, en la indagatoria, expresa:

"...Al ser presentada la demanda de investigación de paternidad y alimentos, la parte demandante acompañó al libelo de la demanda una partida de origen eclesiástico, en donde aparecía el señor Morales como padre natural del menor. Luego, al ser contestada dicha demanda, el apoderado de la parte demandada acompañó un nuevo registro expedido por el mismo cura párroco de la Iglesia de Santo Toribio y en donde se decía que la inclusión del nombre del padre había sido por un error involuntario de la secretaría de esa parroquia, y se dejaba una constancia bastante curiosa para estos casos, cuando el mismo cura manifestaba que el señor José Germán Morales Arroyo no era el padre natural de la criatura, es decir, que prácticamente había un enfrentamiento de dos partidas de origen eclesiástico, expedidas por el mismo cura y la misma parroquia, y eso lo dejó pasar por alto el extinguido Juzgado Unico de Menores. Estas irregularidades y otras más, que sería largo enumerar, dieron motivo para que el suscrito profiriera un auto en donde se decretaba la nulidad de lo actuado, a partir del auto admisorio de la demanda, y ello buscaba ordenar el procedimiento y practicar una inspección judicial en los libros de la parroquia, para dejar en claro la situación de que hablé anteriormente..."

Al interrogatorio, observa:

a) "El incidente de nulidad no fue interpuesto ante el Juzgado 2º Promiscuo de Menores, sino ante el Juzgado Unico de Menores..." (no habiendo estado al frente de este Despacho el acusado)..." "es decir, que la irregularidad o la mala tramitación del incidente comenzó en el extinguido Juzgado Unico de Menores";

b) "El recurso de reposición sí fue atendido..." y la demora en resolverlo se debió, anota, a varias restituciones de términos pedidas por el mismo doctor Luján;

c) Que el oficio ordenando el descuento del sueldo de la parte demandada, ya re-

ferido, se envió porque el anterior Juez de Menores decretó tal embargo, "determinación que debió tomar dicho funcionario a raíz de lo establecido en el artículo 74 de la Ley 83 de 1946..." Posteriormente, en razón de la doble partida de que hace mención el indagado, "el Juzgado Unico de Menores levantó las medidas preventivas. Pero en vista del auto, que decretó la nulidad de toda la actuación y que fue proferido por el Juzgado 2º Promiscuo de Menores" (a cargo del acusado)...., "lógico es suponer que de nuevo quedaba en pie el auto admisorio de la demanda y las medidas provisionales que dentro de ese mismo auto se habían fijado".

Después de anotar el Procurador Primero Delegado en lo Penal que la acusación contra el juez Paduaui Meola se reduce al hecho de haber omitido el trámite previo de la nulidad solicitada por la parte demandada (Arts. 455 y 456 del C. de Procedimiento Civil anterior), pues la otra actuación a la cual se refiere el denunciante fue cumplida por el juez que le antecedió en el Despacho, dice lo siguiente:

"Si bien esta decisión pudo resultar errada en vista de las manifestaciones de la parte interesada... lo cual implicaría poco conocimiento y aplicación inadecuada de la norma...", no se tienen elementos de juicio para deducir dolo en su conducta, "pues no se desprende que el funcionario procediera en forma maliciosa o con conocimiento de la ilegalidad de su decisión. Por el contrario, manifestó en su indagatoria y los términos de la providencia tienden a confirmar su afirmación, que pretendió enderezar el procedimiento para que éste se cumpliera debidamente".

Pide el Ministerio Público, en consecuencia, que sea confirmada la providencia del juzgador a quo.

Considera la Corte

De acuerdo con la inspección judicial cumplida en el juicio de investigación de la paternidad y de alimentos, aludido por el denunciante, en lo actuado por el juez Paduaui Meola, consistente en haber mantenido la nulidad del trámite en ese asunto, nulidad decretada por su antecesor, y haber dispuesto, en consecuencia, el em-

bargo del sueldo de Morales Palencia, sin tenerse prueba seria de la supuesta paternidad alegada por la demandante, es cierto que incurrió en yerro en la aplicación de los preceptos procesales, pues sin haber resuelto sobre el recurso de reposición que anota el doctor Antonio Hermes Luján y sin tomar en cuenta el allanamiento de la nulidad aludida, entró a proferir el transcrito auto de 24 de noviembre de 1969.

Y deben tratarse las deficiencias del funcionario en el desarrollo que dio a dicho juicio como simple error en la interpretación de las normas de procedimiento, porque no surge de ningún elemento de juicio siquiera la sospecha de que su conducta fuera motivada por interés alguno en favorecer a alguna de las partes en ese asunto.

De ahí que exprese el Procurador Primero Delegado en lo Penal que cabe negar la existencia de dolo, "pues no se desprende que el funcionario procediera en forma maliciosa o con conocimiento de la ilegalidad de su decisión", y no se tiene en contra de lo que afirma el acusado, agrega el Ministerio Público, "hecho alguno que lo contradiga...", o dé pie para suponer el móvil de "la simpatía o animadversión para con alguna de las partes, lo cual no afirma siquiera el denunciante".

El artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, que modifica el artículo 168 del Código Penal, dice en cuanto al delito de prevaricato:

"El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que a sabiendas, profiera dictamen, resolución, auto o sentencia contrarios a la ley, incurrirá en prisión de uno a cinco años".

En el inciso transcrito del referido artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, cabe el entendimiento que la doctrina tiene de ese delito, como "el intento de hacer pasar como derecho algo que positivamente se sabe que no lo es". Es, pues, necesaria la condición subjetiva del "obrar a sabiendas", de incurrir en violación consciente de la ley.

Entonces, el simple error o la ignorancia del derecho excluyen el prevaricato.

De ahí que la Corte haya expresado:

"La afinada aplicación de la ley demuestra el buen criterio jurídico del juzgador, sin que ello quiera decir que hay dolo y

responsabilidad en el funcionario que, en un caso semejante, la interprete en forma diferente, por error o falibilidad”.

Obrar a sabiendas es traicionar la propia conciencia; es incurrir intencionalmente en discordancia entre el derecho declarado y el derecho conocido por el agente. Por ello, el ex-Procurador Delegado en lo Penal, Luis Zafra, anota que tal exigencia se consagra “para descartar la posibilidad de que el agente del delito llegue a esos extremos por una mala interpretación de los textos legales, en el caso de que éstos sean oscuros o de difícil comprensión; o cuando la complejidad misma del asunto sub judice pueda perturbar el recto criterio del juzgador y llevarlo de buena fe a aplicar normas que no son pertinentes” (Extracto de doctrinas de la Procuraduría, 1951, Pág. 141).

Es, pues, indispensable, agrega la Corte, que resulte de los elementos de juicio manifiesta la intención del autor de apartarse de la ley porque maliciosamente así se lo ha propuesto.

La motivación que, según dice el juez Padua Meola, le llevó a dar al varias veces

aludido juicio, si bien es equivocada es racionalmente admisible para explicar el error en que incurrió, lo cual aleja hasta la sospecha de que quiso hacer pasar como derecho algo que positivamente sabía que no lo era.

Es según lo dicho, pertinente la confirmación del proveído objeto de la consulta.

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 Procurador Primero Delegado en lo Penal, confirma la providencia del Tribunal Superior de Cartagena, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Alvaro Luna Gómez, Julio Roza Roza, Conjuez, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PODER. — REQUISITOS

No puede designar apoderado para interponer el recurso extraordinario de revisión, el reo que ha violado las obligaciones contraídas para obtener su libertad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio veintisiete de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

El doctor Antonio de J. Rodríguez Rojas, en escrito presentado ante la Secretaría de la Sala Penal de la Corte el 11 de junio del año en curso, manifiesta que, en ejercicio del poder especial que le ha conferido Libardo Iván Velásquez Escobar, interpone, a nombre de éste, el recurso extraordinario de revisión contra las sentencias de primera y de segunda instancia, proferidas por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga y por el Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial, con fechas 3 de enero y 9 de mayo de 1972 y por medio de las cuales se condenó al mencionado Velásquez a la pena principal de ocho (8) años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes, como responsable, junto con otros procesados, del delito de robo, en calidad de agravado, que se cometió el día 22 de agosto de 1967, en el perímetro urbano de la ciudad mencionada.

El poder que presenta el demandante ha sido otorgado, en Nueva York, con fecha 2 de febrero del año en curso, día en que se autenticó la firma del poderdante ante un notario público, cuya firma a su turno fue autenticada por el Consulado General de Colombia en la dicha ciudad, y la del Cónsul lo fue, según informe de la Secretaría de la Sala, por el Jefe de la Sección

de Negocios Generales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

De las copias de la sentencia de primera y segunda instancia, acompañadas a la demanda, aparece que a Libardo Iván Velásquez Escobar le concedió el Tribunal Superior de Bucaramanga, por auto de 27 de enero de 1970, con base en lo dispuesto por el ordinal 7º del artículo 17 de la Ley 16 de 1969, entonces vigente, el beneficio de libertad provisional, previa caución por la suma de diez mil pesos (\$ 10.000.00), que fue otorgada el cuatro (4) de marzo de ese año.

Pero según expresan esas mismas providencias, el procesado no dio cumplimiento a ninguna de las obligaciones que se le impusieron en la diligencia de caución, motivo por el cual se le declaró reo ausente, se le juzgó en contumacia, se dispuso su captura y se ordenó que la suma referida pasara a la Caja Nacional de Previsión Social de Bucaramanga (Fl. 35).

No hay, en las pruebas que se acompañan a la demanda, ninguna que demuestre que el procesado Velásquez Escobar ha cumplido el deber de presentarse ante la justicia colombiana a cumplir la pena que le fue impuesta ni las demás obligaciones con que lo gravaron las sentencias contra las cuales ahora pretende recurrir por intermedio de apoderado.

Ahora bien, una de las principales obligaciones de un imputado, es la de comparecer personalmente al proceso.

El ejercicio de la acción penal requiere la presencia de la persona inculpada, tanto en interés general de la justicia, a fin de que se puedan practicar las pruebas que exigen la asistencia del sindicado, y, sobre

todo, para asegurar el sometimiento de éste a las decisiones del órgano jurisdiccional, como también del propio imputado, para que atienda a su defensa.

Es tan perentoria esa imposición, que muchas legislaciones, como las de algunas provincias argentinas, no adelantan el proceso, sino que lo pasan a calidad de reservado, cuando no es posible obtener que el procesado se presente o sea capturado.

Otras, en cambio, como la nuestra, recurren a una ficción, consistente en emplazar al acusado para que se presente y, si no lo hace, se le nombra un apoderado que lo represente y con el cual se adelanta el proceso. Es lo que se llama la "presencia legal del inculpaado".

Pero, de todos modos, esa presencia legal no elimina la obligatoriedad de la física, para conseguir la cual las legislaciones acuden a toda clase de medios generalmente coercitivos, como la captura, que constriñen al imputado a comparecer ante los funcionarios encargados del proceso.

Es verdad que la mayor parte de los códigos consagran la institución de la libertad provisional del inculpaado, pero se trata de una medida de carácter eminentemente transitoria, sujeta, por lo tanto, a revocación, en los casos previstos por esos mismos ordenamientos que, a fin de asegurar la presencia del sindicado en la escuela del proceso, le imponen obligaciones, como la de presentarse periódicamente ante el mismo juez o ante otra autoridad, y aseguran esos deberes por medio de una caución o de otro gravamen de carácter patrimonial, con el objeto de que el temor a una pérdida económica refuerce el cumplimiento del deber de presencia.

Pero el hecho de que el procesado prefiera ese menoscabo patrimonial al de su libertad, y se niegue a estar en el proceso, no lo releva de ese compromiso.

No existe compensación entre el pago de las cauciones y el deber de presencia y no podría decirse, por lo tanto, que el indiciado queda libre de esta última carga cuando se han hecho efectivas aquellas garantías.

El latitante por fuga, por ocultamiento o por violación de las obligaciones contraídas al obtener la libertad provisional, no puede pretender que se ponga término a

la ficción de su presencia legal en el proceso como reo ausente, representado por un apoderado de oficio, tratando de sustituir éste por uno designado personalmente.

Sería un verdadero contrasentido que el Estado exigiera la presencia del inculpaado, y, al mismo tiempo, le permitiera actuar cuando ha violado las normas que gobiernan esa exigencia.

Sobre este particular, dice un autor colombiano:

"El procesado es, como se vio, sujeto principal de la relación procesal y una verdadera parte. Tiene facultades procesales, que puede ejercitar directamente o por medio de su apoderado o defensor, tales como la de pedir pruebas, e intervenir en su práctica... interponer recursos, solicitar la excarcelación... hacer uso de la palabra en la audiencia.

"Pero para que el procesado pueda ser oído debe estar presente con relación al proceso, a disposición o bajo la jurisdicción del juez que conoce del asunto, sea que esté detenido preventivamente o gozando del beneficio de excarcelación. Quiere ello decir que las solicitudes que haga el procesado contumaz o prófugo de la justicia, así hayan sido autenticadas audazmente ante otras autoridades, no pueden ser atendidas, como lo tiene resuelto la jurisprudencia argentina".

Aplicando esas nociones al presente caso se tiene que el procesado Libardo Iván Velásquez Escobar, quien según las constancias que obran en las pruebas que se adjuntaron para que se admitiera la solicitud de revisar la sentencia proferida contra él y de que se ha dado cuenta al comienzo de este auto, ha evadido la acción de la justicia, violando el compromiso que contrajo cuando se le concedió la libertad provisional y hubo de ser declarado reo ausente, no tiene la facultad de conferir poder para que se le represente en el procedimiento extraordinario de revisión mencionado y que, por lo tanto, el que otorgó desde Nueva York al abogado Antonio J. Rodríguez Rojas no puede ser admitido, y no es posible tener a este profesional como apoderado del reo Velásquez Escobar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia

en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Resuelve:

No admitir como apoderado de Libardo Iván Velásquez Escobar al doctor Antonio J. Rodríguez Rojas para efectos de ejercitar el recurso de revisión de la sentencia a que se refiere este proveído.

Como consecuencia, no se entra a examinar la demanda presentada a nombre de Libardo Velásquez Escobar, por el doctor

Rodríguez Rojas y se ordena devolvérsela, junto con las copias y demás documentos a ella anexados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL

Cuando el demandante en casación postula cargos por vicios de forma en el procedimiento y alega también motivos de fondo, el método lógico obliga a examinar las acusaciones "in procedendo" y luego las causales "in iudicando". Sin la certeza de la condición normal del procesado, al tiempo de cometer el hecho reprimido por la legislación penal, no se puede abrir causa criminal con formulación de un cargo investido de dolo, pues este factor es predicable de las personas no contempladas en el artículo 29 del Código Penal. — El motivo de la nulidad radica en la inobservancia de las formas propias del juicio (Art. 26. C.N.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., treinta y uno de julio de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Luis Alberto Ferrín Ortiz y su defensor contra la sentencia de 28 de septiembre de 1972 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual se confirmó la pronunciada por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad de fecha 16 de junio de aquel año, en la que se impusieron al acusado Ferrín Ortiz la pena principal de quince años de presidio y las sanciones accesorias de rigor, por el delito de homicidio en la persona de su suegro Luis Enrique Rojas Gil, cometido el 10 de septiembre de 1968 en la ciudad de Puerto Berrío.

Hechos y síntesis del proceso

Los hechos los resume el Agente del Ministerio Público en la forma que a continuación se reproduce:

"Luis Enrique Rojas y Nazaret Rojas de Ferrín, suegro y esposa del acusado, se enteraron de que Luis Alberto estaba comprometido en un delito de violencia carnal y ante las autoridades municipales de Puerto Berrío trataron de establecer la verdadera situación. Allí obtuvieron algunos informes que los condujeron, alarmados por lo ocurrido, a la búsqueda de una solución pronta. En desarrollo de esas actividades se encontraron en la calle con Ferrín con quien intercambiaron opiniones y todos se encaminaron al edificio donde despacha la Alcaldía y los Juzgados Municipales. En tal lugar se produjeron recriminaciones, arguyéndose el quebranto que sufría el hogar y la situación de la esposa ante la inminente pérdida del empleo por parte de su cónyuge.

"Intervino el secretario de la Alcaldía y obtuvo que Ferrín se retirara hacia una de las oficinas de ese Despacho, mientras su suegro y mujer continuaban intercambiando opiniones sobre el motivo de sus preocupaciones, en el Juzgado Primero Penal Municipal. De pronto salió Ferrín y se encaminó hacia donde se hallaba Rojas y su hija y tras breves palabras disparó contra su suegro, quien, herido, buscó protección dentro de la oficina. Ferrín salió y retornó luego, al parecer con el ánimo de continuar la agresión, propósito que no cumplió. Capturado fue enviado a la cár-

cel, mientras su víctima, conducida al hospital, fallecía poco después".

La investigación fue iniciada por el Juzgado Primero Penal de Puerto Berrío el día 11 de septiembre de 1968, y cuando se consideró concluida se calificó por el Juzgado Superior de Yolombó mediante auto de 12 de marzo de 1968, en el que se formuló al inculpado Luis Alberto Ferrín Ortiz el cargo de homicidio, individualizado en la parte motiva como asesinato por concurrir —en criterio del juez— las circunstancias contempladas en los ordinales 1º y 5º del artículo 363 del Código Penal.

El proceso fue trasladado al Distrito Judicial de Bucaramanga, por cambio de radicación, y correspondió al Juzgado Segundo Superior de esa ciudad para seguir su conocimiento.

Contra el auto de proceder interpuso el defensor del acusado el recurso de apelación, que le fue concedido, y el Tribunal Superior de Bucaramanga lo confirmó, en providencia de 27 de noviembre de 1969, modificándolo en el sentido de suprimir del vocatorio a juicio la causal 5ª de asesinato, que no estimó probada.

En el término probatorio de la causa se practicaron varias pruebas, y entre los días 6 y 7 de junio de 1972 se celebró la audiencia, en la que se debatió el siguiente cuestionario:

"El acusado Luis Alberto Ferrín Ortiz, es responsable de haber ocasionado la muerte a su suegro Luis Enrique Rojas Gil, mediante herida causada con arma de fuego de que habla el médico legista en la correspondiente diligencia de autopsia (Fl. 66) y en su ejecución obró el procesado con el propósito de matar; hecho cometido el día 10 de septiembre de 1968 dentro de las oficinas del Juzgado Primero Penal Municipal de Puerto Berrío (Antioquia)?".

El Fiscal demandó de los jurados una respuesta simplemente afirmativa de la responsabilidad del procesado Ferrín Ortiz; y el defensor planteó y sustentó varias fórmulas de veredicto, entre ellas una que reconociera que su acudido había obrado "en estado de grave anomalía psíquica".

Finalizadas las intervenciones, el jurado emitió, por unanimidad, este veredicto: "Sí pero en estado de anomalía psíquica".

Interpretando la respuesta del jurado como simplemente afirmativa de la responsabilidad del inculpado Luis Alberto Ferrín Ortiz, sin modificación con respecto al cargo deducido en juicio, puesto que los jueces de conciencia no expresaron que la anomalía psíquica que reconocieron en el procesado fue grave, el juez de primera instancia, por sentencia de 16 de junio de 1972, condenó a Ferrín Ortiz a la pena principal de quince años de presidio y a algunas sanciones accesorias, como también al pago de los perjuicios causados con la infracción.

El sentenciado y su defensor apelaron, y el Tribunal Superior de Bucaramanga confirmó el fallo en el suyo de 28 de septiembre del mismo año, acogiendo los razonamientos del juzgador de primer grado respecto de los alcances del veredicto atrás copiado.

Contra la sentencia de segunda instancia interpusieron el procesado y su representante el recurso extraordinario de casación, que fue concedido por el ad quem y se declaró admisible por esta Sala de la Corte en auto de 22 de enero del corriente año.

La demanda

El apoderado especial constituido por el procesado para sustentar la impugnación formula dos cargos contra el fallo de segundo grado, así:

Primer cargo

Se funda en la causal segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por estar la sentencia acusada "en desacuerdo con el veredicto del jurado".

Desarrolla el actor la censura manifestando, en resumen, que de acuerdo con el dictamen pericial que en el proceso rindió el médico psiquiatra Olarte Peralta, según el cual el procesado Ferrín Ortiz: "padece de una enfermedad psiquiátrica de carácter permanente", sin que le fuera dable al

perito, por expresa afirmación de éste, “hacer una correlación” de tal enfermedad con el artículo 29 del Código Penal por no corresponder esta disposición “a conceptos basados en la medicina científica”, el veredicto del jurado, en el que se declaró que el acusado había ejecutado el hecho sub judice “en estado de anomalía síquica”, ha debido interpretarse por los juzgadores de las instancias como afirmativo de la responsabilidad de Ferrín Ortiz dentro de las circunstancias previstas en el artículo 29 del Código Penal, la que habría determinado la aplicación a aquél de medidas de seguridad, en vez de la pena que se le impuso, pues la peritación médica citada, al igual que la respuesta del jurado que la refleja, plantean cuando menos una seria duda sobre la naturaleza de la anomalía que se reconoció al procesado, duda que ha debido resolverse, por mandato de la ley, calificando dicha anomalía como grave, en vez de leve como lo hizo el Tribunal sentenciador, y al no proceder de ese modo la sentencia impugnada no se ajustó al veredicto.

Expresa el demandante que “si el dictamen médico-legal contiene la manifestación razonable de una duda técnica o científica por cuya virtud al médico no le es dable decir si la “anomalía síquica permanente” del sindicado Ferrín cabe o no cabe dentro del artículo 29 del Código Penal, por no corresponder dicha norma a la medicina científica, según opinión del médico, puede afirmarse que el jurado tomó del aludido dictamen la conclusión tal como el médico la expresó, adoleciendo de la misma duda del técnico”, por lo cual la agregación que hicieron los jueces de hecho al “sí”, afirmativo de la responsabilidad del acusado, no puede entenderse como un añadijo anodino, sin proyección jurídica distinta de la simple circunstancia de menor peligrosidad descrita en el numeral 12 del artículo 38 del Código Penal, por supuesta “inferioridad síquica determinada por circunstancias orgánicas transitorias”, como equivocadamente se consideró por los juzgadores, y ha debido interpretarse como dudoso, cuando menos, acerca de la categoría de aquella anomalía, para situar el caso en el artículo 29 del estatuto penal, eliminando la incerti-

dumbre en favor del inculpado, tal como lo ordena el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.

“Por no haber procedido así —termina el actor— el honorable Tribunal puede afirmarse que la sentencia que pronunció no está de acuerdo con el veredicto del jurado, ya que la duda no eliminada fue resuelta en la forma menos favorable, violándose así, por no haberse tenido en cuenta el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, la disposición sustancial contenida en el artículo 29 del Código Penal”.

Segundo cargo

Se postula “en forma subsidiaria”, para el caso de que el anterior no prospere, apoyado en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, “por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad”.

Lo sustenta el demandante alegando que el procesado Ferrín Ortiz ha debido ser juzgado por los trámites exceptivos establecidos en la ley para las personas comprendidas en el artículo 29 del Código Penal, vale decir, por el Juez Superior, sin intervención del jurado, de acuerdo con lo previsto en la parte final del numeral 5º del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, pues según conceptos médicos que obran en los autos la anomalía psíquica permanente que se diagnosticó al imputado debe ser apreciada como grave, resolviendo así en favor del sindicado, por mandato legal, la duda que expresaron los peritos psiquiatras de si tal anomalía “cabe o no dentro del artículo referido (el 29) del Código Penal”.

Para corroborar su aserto, cita el señor apoderado en su libelo de demanda el dictamen emitido por el médico Mario Olarte Peralta, del Instituto Psiquiátrico San Camilo de Bucaramanga, quien conceptuó que “Luis Alberto Ferrín padece de una enfermedad psiquiátrica de carácter permanente pero de cuyos reconocimientos no me es dado decir si cabe o no dentro del artículo referido del Código Penal”, por “no corresponder el artículo 29 del Código Penal a conceptos basados en la medicina científica” (Fl. 34, C. Nº 3), y también el concepto del doctor Fabio Paz Gartner, ex-

perto de la Penitenciaría Central de Bogotá, quien calificó al sindicado Ferrín como de "personalidad sicopática", con "psicosis de persecución" y "disritmia cerebral", y agregó: "Vale del caso anotar que la personalidad sicopática es una entidad mental de tipo inmodificable y permanente en donde prevalecen los trastornos en la conducta y las situaciones de desadaptación a los medios sociales en donde el individuo debe funcionar". Expresa, además, el demandante, que "en el expediente aparece también una certificación de que desde el año de 1963 el joven Ferrín Ortiz había estado hospitalizado en la Clínica Siquiátrica Martín Carvajal y de que se le había diagnosticado "personalidad sicopática".

Dice el impugnador que los dictámenes médicos que existen en el proceso suscitan una seria duda sobre la entidad de la anomalía psíquica que padece el acusado, duda que no fue posible eliminar científicamente por los médicos, por lo cual los juzgadores de las instancias han debido absolverla favorablemente al procesado, no en su contra, por imperativo mandato del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.

Concluye el demandante el segundo cargo, así:

"Por ello, por no haber dicho el experto que la anomalía era grave, sin decir tampoco que fuera leve, sino que por dificultades técnicas no podía precisarla en los términos del citado artículo 29, se convocó el jurado para el juzgamiento, y sin haber sido ese el procedimiento aplicable, ya que no se había eliminado la duda, sobre el veredicto que expresó la misma duda en forma idéntica a su planteamiento por el experto siquiatra, se dictó sentencia condenatoria, que fue después confirmada por el Tribunal. Mediante ese fallo se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional y el artículo 29 del Código Penal, después de incurrirse en la nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 210 del citado Código de Procedimiento Penal, puesto que al agente de un hecho delictuoso que padece grave anomalía síquica no lo juzga el jurado (Art. 34 del C. de P. P.), sin que sea válido el pretexto alegado por el fallador, de que no habiéndose calificado como gra-

ve la anomalía síquica declarada por el experto, era leve, porque tampoco fue calificada como leve, sino "difícil o casi imposible" de encuadrar dentro del artículo 29, en lo que consiste la duda, no eliminada e ilegalmente resuelta.

"Así, para terminar, por no haberse aplicado el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal en la interpretación del dictamen que aparece al folio 34 del cuaderno 4º, se adoptó un procedimiento diferente del señalado en el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal (último numeral), incurriéndose en la nulidad señalada en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y en la extralegal consistente en haberse juzgado a una persona mediante un procedimiento diferente del que le correspondía, violándose el artículo 26 de la Constitución Nacional, por lo cual pido la casación de la sentencia fundado en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal".

Finaliza el actor solicitando de la Corte "que de acuerdo con el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal se digne proceder a dictar el fallo correspondiente o, en subsidio, disponer que se repita la actuación procesal afectada por la nulidad".

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado Penal encuentra procedente la causal segunda de casación, invocada en primer término por el apoderado del acusado; por lo cual pide que se invalide la sentencia recurrida y, en su lugar, se dicte el fallo que deba reemplazarla.

El colaborador se abstiene de examinar el cargo de nulidad, porque "habiendo prosperado, en sentir de esta Delegada, el cargo principal, resulta innecesario el estudio de los reparos formulados a la sentencia a través de la causal cuarta, por haberse presentado como subsidiarios".

Acerca del motivo de casación que halla justificado el Agente del Ministerio Público, apunta éste que erró el Tribunal sentenciador al estimar la "anomalía síquica" del procesado, declarada en el veredicto con respaldo en conceptos médicos, como constitutiva de la circunstancia de menor pe-

ligrosidad prevista en el numeral 12 del artículo 38 del Código Penal, pues ha debido interpretar la respuesta del jurado como afirmativa de la responsabilidad del acusado pero dentro de las prescripciones del artículo 29 del Código Penal, e imponerle a aquél medidas de seguridad en lugar de la pena de presidio que se le aplicó.

En algunos pasos de su vista expresa el Procurador:

"Resulta a todas luces claro que la "Anomalía síquica" declarada por el jurado no puede tenerse como equivalente en este caso a una "Inferioridad síquica, determinada... por circunstancias orgánicas transitorias", entre otras razones porque indudablemente la respuesta del jurado —que no es algo independiente del proceso, sino que surge de lo establecido en él— se derivó de los dictámenes médicos y especialmente del que se refiere a anomalía síquica, indicando que ella es de carácter permanente y no transitoria como lo prevé la norma a que acudió el Tribunal.

"Varios fueron los dictámenes periciales proferidos dentro del proceso. En el sumario aparece uno (Fl. 213) en el que se asigna a Ferrín Ortiz "rasgos neuróticos de tipo paranoide bien acentuados desde su niñez y que en un momento determinado bien pueden conducirlo a un estado psicótico". Al folio 103 aparece el rendido por el Director del Instituto Psiquiátrico de San Camilo que afirma "algunas manifestaciones de ansiedad de tipo neurótico. No hay síntomas de enajenación mental en el momento actual y puede concluirse que tampoco los hubo en el momento de cometer el hecho", se calificó al examinado como "personalidad psicopática". El médico legista en su dictamen un tanto incompleto expresó: "No presenta en la actualidad anomalía síquica grave y estoy de acuerdo de que se trata de una neurosis" (Fl. 123) y finalmente el perito siquiatra manifestó: "Se trata de una personalidad psicopática de tipo epileptoide en lo cual coincido con los dictámenes dados por otros colegas. Este tipo de anomalía psíquica se considera de carácter permanente..." En su ampliación, concluyó: "Es por consiguiente una anomalía psíquica y como todas aquellas de la personalidad de carácter permanente". Agregó que el artículo 29

del Código Penal no corresponde "a conceptos basados en la medicina científica" y por ello resulta "difícil y casi imposible hacer una correlación" (Subraya la Procuraduría).

"Como se ve de los anteriores dictámenes, no estuvieron muy de acuerdo los expertos en clasificar las taras advertidas en Ferrín Ortiz. No existe discusión en cuanto no se trata de un estado de enajenación mental, por cuanto ninguno la afirma, pero en cambio uno de los peritos (médico legista) expresó que en el momento del examen no existía anomalía psíquica grave y el doctor Olarte Peralta, en el dictamen últimamente transcrito, se refiere a anomalía síquica de carácter permanente. Luego es preciso incluir que el jurado de conciencia tomó como base para la expresión de un veredicto el único dictamen médico-psiquiátrico que afirmó la anomalía síquica, sin calificarla como tampoco pudo hacerlo el perito.

"Si esa es la fuente del veredicto debe admitirse que existe diferencia entre la anomalía síquica y las condiciones de inferioridad síquica determinadas por circunstancias orgánicas transitorias, pues al paso que éstas son trastornos más o menos graves, pero pasajeros, aquélla fue calificada como permanente y solamente susceptible de atenuarse mediante tratamiento adecuado. Además, en ninguna parte del experticio se dice que provenga de una circunstancia orgánica transitoria, sino que se afirma que es una anomalía de la personalidad, sin más calificaciones. La personalidad sicopática puede ser el producto de disposición hereditaria, que excluye las circunstancias orgánicas transitorias y no puede motu proprio el juzgador, sin prueba científica que la respalde, hacer una equivalencia de esta naturaleza.

"Pero es más, ante la falta de la calificación de gravedad para la anomalía síquica, teniendo en cuenta que es más importante el grado que la duración, no podría calificarse la expresada para Ferrín Ortiz de "leve", para decir que se trata de una circunstancia de menor peligrosidad, pues tal calificación sería gratuita y sin respaldo en el proceso".

Anota el Agente del Ministerio Público que es patente la equivocación en que in-

currieron los juzgadores de las instancias al resolver la duda que plantean los dictámenes médicos y el veredicto del jurado respecto de la cualidad de la "anomalía síquica" reconocida en el procesado Ferrín Ortiz, en disfavor del reo, al considerar que éste padecía de un "trastorno mental leve", cuando tal duda ha debido despejarse legalmente en sentido contrario, dándole al veredicto una consecuencia jurídica favorable al sindicado y ubicando el caso en el artículo 29 del Código Penal.

Se considera

I. Prescribe el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable —en lo pertinente— al proceso penal por virtud de lo ordenado en el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, que la Corte examinará en orden lógico las causales de casación alegadas por el recurrente, y si hallare procedente alguna de las previstas en los numerales 1º a 4º del artículo 368, se abstendrá de considerar las restantes, casará la sentencia recurrida y dictará la que debe reemplazarla... Agrega la disposición que si la causal que prospera es la consagrada en el numeral 5º del artículo 368: "Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 152, siempre que no se hubiere saneado", la Corte decretará la nulidad y ordenará remitir el expediente al Tribunal, para que éste o el juzgado proceda a renovar la actuación anulada.

III. Infiérese con claridad de la norma que viene de citarse, en armonía con el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, que la Corte sólo debe estudiar todos los motivos de casación aducidos por el actor cuando ninguno de ellos esté llamado a prosperar, con el fin de desechar el recurso.

III. Cuando el demandante en casación postule cargos por vicios de forma en el procedimiento, en el ámbito de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y alegue también motivos de fondo, como el de ser la sentencia violatoria de la ley sustancial o el de no estar aquélla en consonancia con el auto de proceder o con el veredicto del jurado, el método lógico obliga a examinar primero las acusa-

ciones in procedendo, y luego las causales in iudicando, si las de forma no aparecieren justificadas. Quiere ello decir que si la causal in procedendo prospera, la Corte no tiene por qué estudiar las in iudicando, aunque pudieran tener éxito de no estar viciada de nulidad la actuación.

IV. No es, pues, el orden que caprichosamente adopte el recurrente en la presentación de los cargos el que deba seguir la Corte en el fallo, sino el sistema lógico impuesto por la ley, tomando en cuenta la naturaleza y proyección de cada una de las causales de casación, particularmente cuando alguna de las censuras esté destinada a prosperar.

V. En armonía con lo dicho, la Sala examinará en primer término la causal cuarta de casación, no obstante que el actor la formula como "subsidiaria".

Como se recordará, el demandante afirma que la sentencia acusada se dictó en una causa viciada de nulidad, por inobservancia de las formas propias del juicio, ya que se trató al inculpadó Luis Alberto Ferrín Ortiz como si fuera un delincuente normal, cuando de acuerdo con el artículo 34, numeral 5, del Código de Procedimiento Penal, ha debido ser juzgado exclusivamente por el juez de derecho, puesto que se hallaba en una de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, en razón de que padecía y sigue padeciendo de una anomalía psíquica que el juez tenía que calificar como grave al resolver la duda que surge de los dictámenes médico-psiquiátricos que se encuentran en el proceso y tocante a la naturaleza de tal anomalía. Se violaron, dice el censor, los artículos 34 y 216 del Código de Procedimiento Penal y 26 de la Constitución Nacional, por lo cual se debe invalidar el juicio.

VI. Para contestar el cargo, es necesario tomar en cuenta estas pruebas:

a) El concepto del médico doctor Darío Zuleta Olano, quien opinó que el procesado Luis Alberto Ferrín Ortiz "posee rasgos neuróticos del tipo paranoide bien acentuados desde su niñez", y que no era "descartable también una epilepsia psicomotora" (Fl. 212 del C. N° 1);

b) El certificado expedido por la Clínica Psiquiátrica Martín Carvajal, de fecha 20 de enero de 1970, en el que consta que

Luis Ferrín Ortiz estuvo hospitalizado en ese establecimiento entre el 16 y el 19 de enero de 1963 “y se le hizo un diagnóstico de personalidad psicopática” (Fl. 77 del C. N° 3);

c) El examen clínico psiquiátrico practicado al sindicado Ferrín Ortiz en el Instituto Psiquiátrico San Camilo de Bucaramanga, según el cual aquél “puede ser considerado como personalidad psicopática (Fl. 103, C. N° 3);

d) El examen electroencefalográfico que se hizo al procesado y que arrojó la siguiente conclusión:

“Trazado anormal por brotes de actividad lenta paroxística que sugieren foco de situación profunda en hemisferio izquierdo” (Fl. 106, del mismo cuaderno);

e) Segundo examen electroencefalográfico en “trazado de sueño”, con esta conclusión: “Trazado anormal por brotes de actividad lenta paroxística sin modificaciones de importancia sobre el registro anterior” (Fl. 136, ibídem);

f) Certificado del Médico Jefe y Psiquiatra de la Cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga, doctor Héctor García Gómez, de conformidad con el cual “el interno Luis Alberto Ferrín Ortiz, según interpretación médico-psiquiátrica del electroencefalograma y trazado de sueño, sufre de una enfermedad trastorno-psiconeurótica de tipo compulsivo y además, que por tal circunstancia, enfermedad mental transitoria, puede reaccionar ante cualquier agravio impulsivamente, sin medir las consecuencias que le puedan traer tan momentánea reacción” (Fl. 215);

g) Dictamen del psiquiatra doctor Mario Olarte Peralta, que termina así: “Con los datos anteriores podemos concluir que en el caso del sindicado Luis Alberto Ferrín se trata de una personalidad psicopática de tipo epileptoide en lo cual coincide con los dictámenes dados por otros colegas. Este tipo de anomalía psíquica se considera de carácter permanente aun cuando puede atenuarse para lo cual es necesario practicar electroencefalogramas seriados para ver si han desaparecido las anomalías. El cuadro se diferencia de los verdaderos estados epilépticos en que en estos últimos hay alteraciones de conciencia pudiendo practicar la persona actos automáticos

complejos que se presentan en forma repetida lo cual no es el caso que nos ocupa” (Fl. 219 del C. N° 3);

h) Ampliación del anterior dictamen, en la que el perito reitera que Luis Alberto Ferrín Ortiz padece de una anomalía psíquica y como todas aquellas de la personalidad de carácter “permanente”. Y añade: “Es todo cuanto se puede deducir científicamente de los exámenes practicados pues por no corresponder el artículo 29 del Código Penal a conceptos basados en la medicina científica es difícil y casi imposible hacer una correlación. En resumen, Luis Alberto Ferrín padece de una enfermedad psiquiátrica de carácter permanente pero de cuyos reconocimientos no me es dado decir si cabe o no dentro del artículo referido del Código Penal” (Fl. 34 C. N° 4);

i) Informe del Anexo Psiquiátrico de la Penitenciaría Central de Colombia, suscrito por el Médico Director Fabio Paz Gartner, que dice en sus principales apartes:

“Al respecto me permito informar que el anteriormente nombrado (Luis Alberto Ferrín Ortiz) “ingresó a este anexo en diciembre 1º de 1971 según Resolución número 1160 de noviembre 19 del mismo año. Se le elaboró la historia clínico-psiquiátrica número 846 en la cual se le diagnosticó en orden de importancia lo siguiente: a) Personalidad psicopática; b) Psicosis de persecución; c) Disritmia cerebral; a la vez que se solicitaron copias de conceptos a la oficina de Medicina Legal de Bucaramanga lo mismo que historia clínica del Hospital mental de San Camilo”. . . “Vale del caso anotar que la personalidad psicopática es una entidad mental de tipo inmodificable y permanente en donde prevalecen los trastornos en la conducta y las situaciones de desadaptación a los medios sociales en donde el individuo debe funcionar” (Fls. 14 y 15 del C. N° 4).

VIII. Los elementos de juicio que se dejan relacionados no permitían el juzgamiento del procesado, Ferrín Ortiz por la vía del jurado, pues motivan verdadera perplejidad acerca del estado mental del sindicado, al punto de que no le es posible al fallador afirmar, con razonable fundamento, que aquél no es una de las personas comprendidas en el artículo 29 del Código Penal, y si los peritos médicos no

despejaron la incertidumbre, como que no se atrevieron a calificar la intensidad de la anomalía psíquica permanente que observaron en el acusado, no le era dable al juez eliminar la duda catalogando como "leve" aquella enfermedad mental, pues no sólo en equidad y justicia sino por orden de la ley (Art. 216 del C. de P. P.) ha debido resolver la perplejidad en favor del inculpado, dándole a éste el tratamiento legal previsto para los llamados, con alguna impropiedad, "delincuentes anormales".

VIII. La imputación a título de dolo, elemento éste típico de la culpabilidad, únicamente puede hacerse a quien voluntaria y conscientemente haya ejecutado el hecho descrito en la ley como infracción. Sin certeza de la condición normal del procesado, al tiempo de cometer el hecho reprimido por la legislación penal, no es permitido abrir causa criminal con formulación de un cargo investido de dolo, por cuanto este factor subjetivo solamente es predicable respecto de personas no comprendidas en la disposición del artículo 29 del Código Penal, tal como lo advierte el artículo 12 *ibidem*.

IX. Por las razones anotadas, el proceso adolece ciertamente de nulidad, desde el auto de llamamiento a juicio, inclusive, por cuanto en él intervino el jurado, cuando ha debido decidirse exclusivamente por el Juez Superior, de acuerdo con lo previsto en el artículo 34, numeral 5, del Código de Procedimiento Penal, siguiendo el procedimiento indicado por la ley para el juzgamiento de las personas a que se refiere el

artículo 29 del Código Penal. El motivo de nulidad radica en la inobservancia de las formas propias del juicio, impuestas por la Constitución Política (Art. 26) y sin las cuales no puede existir el debido proceso, necesario para la aplicación de la ley sustancial.

X. Al prosperar, como en verdad prospera, el cargo formulado por el recurrente al amparo de la causal 4ª de casación, resulta impertinente el examen de la causal 2ª. Y dando aplicación a la norma del artículo 583, numeral 3, del estatuto procesal penal, se invalidará el fallo acusado y se ordenará renovar la actuación afectada por la nulidad.

Fallo

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida; declara que el proceso queda en estado de sumario, y ordena su reposición desde el auto calificador de su mérito, inclusive.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

La no mención, en la parte resolutive del auto de proceder, de uno de los hechos concretos por los cuales se llamó a juicio, no vicia de nulidad el procedimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto catorce de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

Contra la sentencia de 22 de noviembre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior de Pereira, confirmó la del Juzgado Primero Superior de ese mismo Distrito Judicial, proferida dentro del presente proceso que, por homicidio en la persona de Bernardo Vieira Restrepo, y robo, se adelanta contra Francisco Cañas Vélez (a. "Cañitas") y Gustavo Uribe Gutiérrez (a. "El Mono Uribe"), modificándola en cuanto a las sanciones imputadas a los procesados, pues para el primero fijó una pena corporal de veinticuatro años de presidio y para el segundo la de diez y ocho años de la misma pena, interpuso el defensor de Cañas, y le fue concedido, recurso extraordinario de casación, al que se le dio el trámite de rigor, agotado el cual, se procede a decidir.

Hechos y actuación procesal

Los primeros fueron resumidos por el ad quem del modo que se transcribe a continuación por considerar ajustado tal relato a las constancias procesales:

"Aproximadamente a las 10 de la mañana del 11 de octubre de 1963, el señor Bernardo Vieira Restrepo acompañado de Jaime Zuluaga Botero se dirigían hacia el negocio de compraventa de café de pro-

piedad del señor Antonio Restrepo, en un campero conducido por Ambrosio Pineda y llevaban la suma de \$ 60.000.00 que acababan de retirar del Banco Comercial Antioqueño, para fines relacionados con dicha actividad comercial, pues Vieira y Zuluaga eran contadores del citado negocio que estaba ubicado en la calle 24 número 6-03 de esta ciudad. Cuando transitaban por la calle 25, entre carreras 6ª y 7ª encontraron una camioneta aparentemente varada que obstaculizaba el paso y debido a ello el conductor del campero se vio obligado a detener el vehículo y en ese momento el señor Vieira y sus acompañantes fueron rodeados por seis individuos quienes los intimidaron con pistolas para que no se movieran. El señor Vieira agarró a uno de los sujetos que lo encañonaba, del brazo en cuya mano empuñaba el arma, y cuando forcejeaba con él, recibió un disparo en el tórax. Uno de los asaltantes tomó el maletín dentro del cual llevaban el dinero y lo sacó del jeep. El señor Vieira se bajó herido del vehículo y cayó al suelo, donde otro de los asaltantes le sustrajo el revólver que portaba por dentro de la pretina, y se lo llevó. El señor Vieira murió en el acto.

"En el curso de la investigación fueron identificados los sujetos Francisco Cañas Vélez (a. "Cañitas") y Gustavo Uribe Gutiérrez (a. "El Mono Uribe"), como coautores de los delitos de asesinato y robo de que se trata, a quienes se llamó a responder en juicio criminal con intervención del jurado, por tales infracciones".

En el auto de proceder, que lleva fecha 30 de junio de 1965, el Juzgado Tercero Superior de Pereira, hace un prolijo examen

de las pruebas recogidas durante la investigación.

Hace especial hincapié en las declaraciones de los testigos presenciales Jaime Zuluaga Botero y Ambrosio Pineda López, quienes acompañaban a la víctima en el vehículo interceptado por los procesados y en que se transportaba también el dinero.

Asimismo transcribe las declaraciones de Marina Mejía de Ochoa, Teresita López de Echeverri, Ariel Betancourt Guevara y Fabiola Toro Velásquez quienes vieron, con anterioridad a los hechos que se dejan resumidos, a los ocupantes de la camioneta que interceptó el vehículo en que estaba el occiso y quienes, según las dos primeras declarantes, permanecieron en actitud de asecho desde las ocho y media hasta las diez, hora en que ocurrieron los hechos materia del proceso.

En uno de los apartes de la providencia referida se afirma que "no sobra decir que el robo fue bien premeditado por la cuadrilla de malhechores como lo demuestran algunos testigos que vieron la misma camioneta días antes situada estratégicamente por lugares aledaños al depósito de café" (Fls. 176).

Y más adelante, en el aparte de los considerandos, expresa que "los hechos investigados son constitutivos de los delitos del homicidio, agravado o asesinato, y del robo, que define y sanciona el Código Penal en su Libro Segundo, Título XV, Capítulo I, artículos 362 y 363 y Título XVI, Capítulo II, artículo 402 en armonía con el 398, 403 y 404, que disponen:

"Artículo 362. El que con el propósito de matar ocasione la muerte a otro, estará sujeto a la pena de ocho a catorce años de presidio.

"Artículo 363. El homicidio toma la denominación de asesinato... si el hecho previsto en el artículo anterior se cometiere:

"...2º Con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos. 3º Para preparar, facilitar o consumir otro delito. 5º Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento.

"Artículo 402. El que por medio de violencia a las personas o a las cosas, o por medio de amenazas, o abusando de la de-

bilidad de un menor, se apodere de una cosa mueble ajena, o se la haga entregar, incurrirá en prisión de uno a ocho años...

"Artículo 398. La pena establecida en el artículo anterior se aumentará en la mitad si el hecho se cometiere:

"2º Sobre el objeto cuyo valor fuere superior a dos mil pesos;

"5º Por tres o más personas reunidas o por una sola disfrazada o que se finja agente de la autoridad'

"Artículo 404. La pena de robo será de tres a catorce años de presidio, en los siguientes casos:

"1º Si se cometiere en despoblado o con armas...

Pues bien, es hecho incontrovertible la presencia de Francisco Cañas y Gustavo Uribe en el lugar donde se consumó el asesinato de Bernardo Vieira Restrepo y el robo de los sesenta mil pesos y del revólver del occiso, presencia que no fue la del espectador inocente sino la de los activos cooperadores en el agotamiento de los crímenes por parte de toda la cuadrilla de malhechores. Para llegar a estas conclusiones no se necesita hacer análisis de ninguna índole sobre un acervo probatorio que está diciendo a gritos que dos de los responsables de aquellos delitos fueron precisamente Cañas y Uribe.

"Hay testimonios dignos de crédito en todo sentido y provienen de personas que les tocó ver el desarrollo de los acontecimientos desde su más lejano principio. Y esos testigos señalan sin lugar a dudas a Cañas y a Uribe como integrantes de la cuadrilla de seis individuos que fue a cometer los delitos. Son, pues, coautores y responderán al tenor de lo que dispone el artículo 19 del Código Penal.

"Plenamente demostrados el cuerpo del delito y la responsabilidad, debe pronunciarse auto de proceder al tenor del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal".

Por último, en la parte resolutive de la providencia que se viene mencionando, el Juzgado hace el llamamiento a juicio, en la siguiente forma:

"1º Se abre causa criminal, por el procedimiento en que interviene el jurado, a Francisco Cañas Vélez y Gustavo Uribe Gutiérrez, de naturaleza y condiciones civiles

conocidas en el proceso, por el genérico delito del homicidio, de que trata el Código Penal, en su Libro Segundo, Título XV, Capítulo 1º, consiste el hecho en haber cooperado, como cómplices necesarios, en la muerte que, con el propósito de matar, se ocasionó al señor Bernardo Vieira Restrepo, utilizando al efecto arma de fuego (revólver), lo que se verificó en la calle 25 entre carreras 6ª y 7ª de esta ciudad, el once de octubre de mil novecientos sesenta y tres, siendo las diez de la mañana, más o menos, y en las circunstancias de modo ya expuestas.

“2º Se abre causa criminal, por el procedimiento en que interviene el jurado, a Francisco Cañas Vélez y Gustavo Uribe Gutiérrez por el genérico delito del robo, del cual trata el Código Penal en su Libro Segundo, Título XVI, Capítulo II, consistente el hecho en haber cooperado, como cómplices necesarios, en la sustracción de sesenta mil pesos que portaba el señor Bernardo Vieira Restrepo, utilizando para el efecto violencia contra las personas, lo que verificaron el once de octubre de mil novecientos sesenta y tres, en la calle 25 con carreras 6ª y 7ª de esta ciudad, siendo las diez de la mañana, más o menos y en las circunstancias de modo ya expuestas”.

El auto de proceder que se deja resumido fue apelado por el procesado Cañas Vélez y por el defensor de Uribe Gutiérrez y el Tribunal lo confirmó en todas sus partes, por medio del suyo de fecha 15 de septiembre de 1965.

En esta providencia, el ad quem subraya el largo lapso de espera de los ocupantes de la camioneta antes de que llegara el vehículo que transportaba el dinero y en que también venía don Bernardo Vieira Restrepo.

En la parte considerativa de este auto, dice el Tribunal:

“Se impone, por consiguiente, la confirmación del llamamiento a juicio proferido contra Francisco Cañas Vélez y Gustavo Uribe Gutiérrez, por los delitos “Del homicidio” y “Del robo”, con las agravaciones que se especificaron en la providencia que se revisa, por darse la prueba exigida por el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal”.

Adelantado el juicio, y en el momento oportuno, previa citación para ello, se hizo el sorteo de jurados, diligencia llevada a cabo el 10 de diciembre de 1965, según acta de la misma en la que se dice que “estando presente el citado Uribe G., el suscrito Juez declaró abierto el acto ordenándose de inmediato al Secretario colocara en un recipiente doscientas fichas, numeradas del uno al doscientos, igual al número de jurados que figuran en la lista pasada a este Juzgado por el honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial. Revueltas que fueron convenientemente, el suscrito juez sacó a la suerte, las distinguidas con los números 94, 71 y 50 que confrontadas corresponden a los siguientes nombres: 50 - Fabio Duque Gómez. 94 - Alberto Jaramillo. 71 - Eduardo González Arbeláez”. (Fl. 289, Cdno. Nº 2).

Con estos jurados se celebró, en los días 6, 8, 10, 13, 14 y 16 de junio de 1966 la audiencia pública, en la cual les fueron sometidos los cuestionarios de rigor, que ellos contestaron, de modo uniforme y unánime con un “no es responsable porque la investigación es deficiente”.

Este veredicto fue acogido por el juez de la causa que, en sentencia de 30 de junio de 1966, por medio de la cual absolvió a los procesados.

De este proveído apeló el Fiscal del Juzgado, y el Tribunal, en el suyo de 26 de octubre del año que se deja mencionado, revocó lo resuelto por el inferior y, en su lugar, declaró contraevidente el veredicto proferido por los jurados y ordenó convocar un nuevo tribunal de conciencia.

A virtud de esta orden, el Juzgado, en diligencia llevada a cabo el 18 de noviembre de 1970 y para la cual se había señalado oportunamente el día en que debía verificarse, hizo un nuevo sorteo de jurados para lo cual se colocaron, según reza el acta correspondiente, doscientas fichas numeradas, correspondientes a igual número de personas que figuraban en la lista de jurados pasada al Juzgado por el Tribunal y de allí se extrajeron seis fichas, tres para miembros principales del jurado y tres para los suplentes.

Se dejó constancia de haberse observado lo dispuesto por los artículos 21 y 22 del Decreto 1358 de 1964 (Fl. 468, Cdno. Nº 2).

Posteriormente, y a virtud de haberse declarado impedido el Juez Tercero Superior de Pereira para seguir conociendo del proceso, y aceptado que fue ese impedimento, entró a conocer del proceso el Juzgado Cuarto Superior de ese mismo Distrito Judicial, pero como también este Juez se declarara impedido, el proceso pasó al Juez Primero de la misma categoría, quien avocó el conocimiento.

El motivo por el cual se declaró impedido el Juez que se menciona en primer término en el párrafo anterior, fue el de haber sido agredido por el procesado Francisco Cañas Vélez, según lo expresa el funcionario en una constancia que obra a folios 506 íbidem.

Señalada ya la fecha para que se llevara a cabo la audiencia pública, el defensor de Cañas solicitó al Juez del conocimiento que declarara la nulidad de lo actuado para retrotraer el procedimiento, a fin de que se hiciera un nuevo sorteo de jurados, ya que los últimamente sorteados habían sido testigos presenciales de la agresión que al Juez Tercero hiciera el procesado en cita y pudieran haberse formado un concepto perjudicial para él.

El juzgado acogió estos argumentos y por auto de 21 de febrero de 1972 declaró la nulidad de lo actuado a partir del que ordenó, en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal cuando declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto del jurado, hacer un nuevo sorteo de jurados.

Ejecutoriado el auto que declaró la premencionada nulidad, se procedió, una vez más, a sortear jurados para la presente causa, lo que se hizo, previa fijación del día, el 7 de marzo del año últimamente mencionado, llevándose a cabo tal diligencia, según reza el acta de la misma (Fl. 539, Cdn. N° 2) en el Juzgado y en presencia del Fiscal, quien extrajo seis balotas, las tres primeras correspondientes a los miembros principales del jurado y las otras tres a los suplentes.

Llegado el día de la audiencia, sólo concurrieron a ella los tres suplentes (Fl. 568, íbidem):

Durante la vista pública, llevada a cabo en los días 29 y 31 de agosto y 5 de octubre del año pasado, se sometieron a la consideración de los jueces de conciencia, los siguientes cuestionarios:

“Cuestión primera”

“El acusado Francisco Cañas Vélez, de naturaleza y demás condiciones civiles conocidas en el auto de proceder, es responsable sí o no, de haber cooperado, como cómplice necesario, en la muerte, que con el propósito de matar, se ocasionó al señor Bernardo Vieira Restrepo, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, para consumir el delito Del Robo y en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la asechanza y la alevosía, utilizando para el efecto arma de fuego (revólver), lo que se verificó en la calle 25 entre carreras 6ª y 7ª de esta ciudad, el once de octubre de mil novecientos sesenta y tres, siendo las diez de la mañana más o menos?

“Cuestión segunda”

“El procesado Francisco Cañas Vélez, de naturaleza y condiciones civiles conocidas en el auto de Proceder, es responsable, sí o no, de haber cooperado, como cómplice necesario, en la sustracción de sesenta mil pesos y un revólver que portaba el occiso señor Bernardo Vieira Restrepo, mediante violencia ejercida sobre la persona del mismo y en compañía de más de tres personas, lo que verificó en la calle 25 entre carreras 6ª y 7ª de esta ciudad, utilizando para el efecto arma de fuego (revólver), siendo las diez de la mañana, más o menos, del día once de octubre de mil novecientos sesenta y tres?

“Cuestión tercera”

“El acusado, Gustavo Uribe Gutiérrez, de naturaleza y demás condiciones civiles conocidas en el auto de proceder, es responsable, sí o no, de haber cooperado, como cómplice necesario en la muerte que, con el propósito de matar, se ocasionó al señor Bernardo Vieira Restrepo, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, para consumir el delito del robo y en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la asechanza y la alevosía, utilizando para el efecto arma de fuego (re-

vólver), lo que se verificó en la calle 25 entre carreras 6ª y 7ª de esta ciudad, el once de octubre de mil novecientos sesenta y tres, siendo las diez de la mañana, más o menos?

“Cuestión cuarta”

“El acusado, Gustavo Uribe Gutiérrez, de naturaleza y condiciones civiles conocidas en el auto de proceder, es responsable, sí o no, de haber cooperado, como cómplice necesario, en la sustracción de sesenta mil pesos y un revólver que portaba el occiso señor Bernardo Vieira Restrepo, mediante violencia ejercida sobre la persona del mismo y en compañía de más de tres personas, lo que verificó en la calle 25 entre carreras 6ª y 7ª de esta ciudad, utilizando para el efecto arma de fuego (revólver), siendo las diez de la mañana, más o menos, del día once de octubre de mil novecientos sesenta y tres?”

A cada uno de los cuestionarios que se dejan transcritos, los jurados respondieron, por unanimidad: “sí es responsable”.

El Juzgado acogió esos veredictos y en la ya mencionada sentencia de 15 de septiembre del año pasado, condenó a los procesados a la pena corporal de veintiún años y cuatro meses de presidio, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago de los perjuicios causados con la infracción.

Por apelación del defensor de Cañas Vélez, conoció el Tribunal Superior de la sentencia que se deja mencionada, que confirmó por medio de la que ahora es materia del recurso de casación, modificándola, como se deja dicho, en el sentido de fijar como pena corporal para Gustavo Uribe, la de 24 años de presidio y para Francisco Cañas 18 años, también de presidio y ajustando, a esa fijación, el término de las sanciones accesorias.

Demanda de casación y concepto de la Procuraduría

Presentada la demanda oportunamente y declarada ajustada, en lo formal, a los requisitos que, para esa clase de documentos exige la ley, formula contra la sentencia recurrida, cinco cargos, todos ellos enmarcados en el ámbito de la causal cuarta de

casación, esto es, por considerar el demandante que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad.

Se resume a continuación, cada uno de ellos, lo mismo que el concepto que merecen a la Procuraduría Primera Delegada Penal, que representa, en este recurso extraordinario, al Ministerio Público.

Primer cargo

Lo hace consistir la demanda en que, en la parte resolutive del auto de proceder, no se llamó a juicio al recurrente por el robo del revólver, sino únicamente por el del dinero, lo que, a juicio del autor de la demanda, constituye nulidad constitucional por cuanto se privó al acusado de conocer todos los cargos que se le hacían y por ello resultó condenado por uno que no se le había formulado, menoscabándose, en esta forma, su derecho de defensa.

La Procuraduría, responde a este cargo diciendo que dentro de las limitaciones del auto de proceder está la de que no se puede, en la parte resolutive, mencionar la especie del delito por el cual se llama a juicio, debiendo el juzgador señalar allí sólo el género del mismo y que, por ello, la mención que en el que llamó a responder al recurrente por los delitos de homicidio y robo, se hizo de los objetos materiales de este último ilícito, es superflua, pues tal referencia corresponde a la parte motiva, donde, efectivamente, quedó consignada, por lo cual no puede decirse que la providencia adolece de vicio que genere nulidad.

Pide, por eso, que se rechace el cargo.

Segundo cargo

Lo expresa el recurrente diciendo que la parte motiva del auto de proceder “no contiene una mención o examen de las circunstancias por medio de las cuales el simple delito de homicidio cometido en la persona del señor Bernardo Vieira Restrepo, se elevó a la categoría de asesinato”.

Agrega que dicha pieza procesal no hace en ninguna parte el análisis de las pruebas conducentes a demostrar la existencia de tales circunstancias y que, por lo tanto “al no aplicarse debidamente el ordinal 3º del artículo 437 del Código de Procedimiento

Penal dentro del cual fue pronunciado el auto de proceder, dejó de observarse una de las formas propias del juicio en uno de los aspectos más esenciales del proceso, como era el de mantener inviolable la estructura procesal bajo un orden jurídico indesconocible y garantizado el derecho de defensa del procesado, quien debía de saber o conocer los hechos constitutivos de cada una de las agravantes y su prueba...”

A esto replica el Ministerio Público que “con el estudio que el juez de la causa hizo del acervo probatorio recogido, satisfizo plenamente las exigencias legales para la elaboración del pliego de cargos, sin que hubiera omitido requisito alguno, tal como lo predica el demandante”.

Y concluye pidiendo que también se rechace este cargo.

Tercer cargo

Ataca el demandante la diligencia de sorteo de jurados que se hizo el 10 de diciembre de 1965 (Fl. 289 del Cdno. N° 2) diciendo que en ella se involucraron dos procedimientos distintos, el del Código (Art. 507, C. P. P.) según el cual dicha diligencia debía llevarse a cabo en el Juzgado, poniendo en una urna doscientas fichas y sacando luego cinco de ellas, con el que señala el artículo 21 del Decreto 1358 de 1964 que disponía que el sorteo se efectuara por el Presidente de la Sala Penal del respectivo Tribunal Superior, usando listas de cien nombres, insaculando otras tantas balotas y sacando seis de ellas, en forma que las tres primeras correspondían a los jurados principales y las otras tres a los suplentes.

En el presente proceso, continúa diciendo la demanda, se insacularon doscientas fichas pero sólo se sortearon tres personas.

Ese proceder constituye, a juicio del recurrente, una irregularidad que quebranta en forma grave, no sólo la forma sino el fondo del procedimiento.

Además, agrega, se violaron los derechos del procesado pues no se llevó a cabo la diligencia de sorteo de jurados conforme a lo prescrito por el artículo 507 del Código de Procedimiento Penal, que era el que regía

al tiempo de la comisión de los hechos y que resultaba favorable al inculpado.

Asimismo, concluye, fue un acto nulo por incompetencia de la jurisdicción ya que la diligencia debió ser llevada a cabo por el Presidente de la Sala Penal del Tribunal, que era el señalado por la norma legal y no por el juez.

Respecto a este cargo, la Procuraduría Delegada previa transcripción de las normas que, sucesivamente han regido la diligencia que se deja mencionada, hacer ver que, habiéndose llevado a cabo tal acto procesal el 10 de diciembre de 1965, no podía darse aplicación al Decreto 1358 del año anterior por cuanto el Decreto 1822 del mismo año, condicionaba la aplicación del primero a los procesos iniciados con posterioridad a su vigencia y sólo podía aplicarse a los que se hubieran iniciado antes, cuando el juez considerara que tales normas eran más favorables al procesado, facultad que no usó el funcionario del conocimiento en el presente proceso, posiblemente porque consideró que no eran más favorables al procesado Cañas las nuevas normas sobre sorteo del jurado, decisión que fue respetada por las partes, ya que no hubo ningún reclamo contra ella.

Expresa, además, que el juez atemperó el acto en cuestión a lo prescrito por el Decreto 242 de 1951, que era el vigente en ese momento, razón por la cual no se incurrió en nulidad de ninguna especie.

Solicita, en consecuencia, que también se rechace este cargo.

Cuarto cargo

Considera el recurrente viciados de inconstitucionalidad, por faltar, en su concepto, a las formas propias del juicio, la elaboración, en la primera audiencia, o sea en aquella donde se pronunciaron los veredictos declarados contraevidentes por el Tribunal, de los dos cuestionarios referentes al procesado Cañas Vélez por cuanto en el primero de ellos, o sea en el que se refiere al delito de homicidio cometido en la persona de Bernardo Vieira Restrepo se preguntó al jurado por la existencia de tres circunstancias de asesinato que, según el

demandante, no le habían sido imputadas en la parte motiva del auto de proceder por cuanto no fueron individualizadas en dicha providencia ni se expusieron los hechos en que se hacían consistir, ni, en fin, se imputaron, de un modo concreto a dicho procesado.

Ataca, además, el cuestionario referente al robo por haber insertado el del revólver, que no figuraba en la parte resolutive del auto de proceder, mención que considera violatoria de las formas propias del juicio, y, en particular, del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, vigente en el momento de la ejecución del hecho.

En la sustentación de este cargo, repite el recurrente los argumentos que ya había expuesto para fundamentar el primero.

Agrega que también hubo violación de las formas propias del juicio al insertar en el cuestionario referente al robo, el término "sustraer" que es propio del hurto, en lugar del verbo "apoderarse" que es el que tipifica el robo.

La Procuraduría, al responder este cargo, remite, en lo referente a la no mención del robo del revólver en la parte resolutive del auto de proceder, a lo ya dicho al responder el cargo primero.

Y respecto a la inserción del verbo "sustraer" en el cuestionario referente al robo, hacer ver que el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, usa ese mismo verbo, refiriéndose al robo, o sea que ambos verbos señalan la acción propia de este delito, y no exclusivamente el primero de ellos, como dice el demandante.

Pide que se rechace el cargo.

Quinto cargo

Lo trae la demanda bajo el epígrafe de "sexto cargo" y lo hace consistir en que los cuestionarios presentados al jurado y que fueron los mismos que éste contestó en la audiencia anterior, adolecen de los vicios ya señalados, o sea falta de análisis de las circunstancias de asesinato que se imputaron a los procesados, falta de prueba que permitiera fundamentarlas, falta de particularización al hacer los cargos.

A lo cual añade que al hablar de premeditación, la referida providencia sólo se refirió al robo, pero no al homicidio y que,

además, en la parte resolutive de ella, en lugar de señalar expresamente las causales de agravación, se refirió en forma genérica a ellas, diciendo sólo que el homicidio se había ejecutado "en las circunstancias de modo ya expuestas".

Replica el Ministerio Público diciendo que nada nuevo argumenta el demandante en este cargo que ya no hubiera dicho en el anterior, por lo cual la Procuraduría remite a la refutación que hizo de tal cargo, añadiendo que los cuestionarios fueron formulados con absoluta claridad y con sujeción absoluta a lo dicho en el auto de proceder, por lo cual no se les puede enderezar la tacha de nulidad.

También pide que no se acepte este cargo.

Consideraciones de la Corte

Va a referirse la Sala, por separado a cada uno de los cargos, en la siguiente forma:

Cargo primero

La no mención, en la parte resolutive del auto de proceder, de uno de los hechos concretos por los cuales se llamó a juicio, circunstancia en que concreta el demandante este cargo, no vicia de nulidad el procedimiento.

En efecto, no está mencionada entre las nulidades que consagra el artículo 210 del Código de la materia, que sólo considera inválido el auto de proceder cuando se ha incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido.

Pero no eleva a la calidad de vicio que genere nulidad del proceso, la omisión de mencionar el hecho delictuoso en la parte resolutive.

Sobre este particular, el artículo 483 del mismo ordenamiento citado, al enumerar los requisitos formales del auto de proceder, enuncia, entre los de la parte motiva "la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen" y aun cuando no dice expresamente que el silencio sobre el hecho genera nulidad, la doctrina ha

señalado la importancia de tal mención, ya que es necesario particularizar la conducta delictuosa, en sus aspectos primordiales, es decir, no sólo en los elementos que conforman el tipo básico del delito de que se trata sino en las modalidades que lo caracterizan como tipo específico o derivado, a fin de que sea posible llevar a cabo, sin error, la subsunción del hecho en la norma correspondiente.

Pero el mismo artículo sólo exige, para la parte resolutive, la mención del delito, no por las modalidades del tipo derivado sino por el nombre genérico que a la conducta delictuosa se da en el epígrafe del respectivo título o capítulo.

Más aún, puede considerarse que el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal (Art. 431 del anterior) contiene una prohibición de mencionar la figura específica del delito por el cual se llama a juicio, y, con mayor razón, el hecho concreto que se imputa al procesado. Ello se debe a que, dentro del plenario de la causa o en la audiencia pública, pueden aducirse pruebas que modifiquen tanto la apreciación del mismo como su significación frente a las normas penales, permitiendo que se atenúe o haga desaparecer la responsabilidad del sujeto pasivo de la acción penal.

Sobre este particular dijo la Sala en sentencia de 23 de enero de 1970 (G. J., CXXXIII, Pág. 165):

“La prohibición del artículo 431 de determinar en la parte resolutive del auto de enjuiciamiento la especie de delito dentro del género a que pertenezca y de señalar en concreto el artículo que se reputa aplicable, se explica por la consideración de que en el plenario, mediante aporte de nuevos elementos probatorios o por decisión del jurado en los asuntos en que éste interviene, se pueden comprobar o reconocer circunstancias que den al hecho delictuoso, dentro de la misma denominación jurídica genérica contemplada en el Código, una fisonomía específica atenuada con relación a la precisada en la motivación del auto de proceder, de manera que puedan ser tenidas en cuenta en la sentencia sin que se rompa la armonía que ésta debe guardar con aquel proveído, como lo preceptúa el artículo 159, regla 6ª del Código de Procedimiento Penal”.

O sea, en síntesis, que la cita del hecho concreto en la parte resolutive del auto de proceder, es superflua y su omisión, en esa misma parte, no constituye causal de nulidad.

Aplicada esta doctrina al caso de autos, se tiene que el silencio del juzgador, tanto de primero como de segundo grado, sobre el robo del revólver, en la parte resolutive del auto de proceder, luego de haber particularizado ese hecho, en todas sus circunstancias, en la motiva de dicha providencia, en forma que no resultaba posible dudar de que se estaba imputando a los procesados, no constituye causal de nulidad.

Por lo tanto, se desecha este cargo.

Cargo segundo

Como ya se dijo, lo hace consistir el denunciante en que el auto de proceder no contiene mención o examen de las circunstancias a virtud de las cuales se dio al homicidio juzgado la calificación de asesinato.

A este respecto, es preciso anotar que si bien la providencia mencionada, no hizo capítulo especial para el análisis de esas circunstancias, el estudio de las mismas se encuentra involucrado con el de las pruebas, especialmente con el de los testimonios que se deían atrás citados y que narran pormenorizadamente los hechos, tomándolas desde los días anteriores al del asalto a la camioneta y haciendo resaltar, especialmente, los preparativos llevados a cabo, con ese fin, por los procesados, en forma que no queda duda sobre los propósitos delictivos de éstos.

La claridad de esos hechos, perfectamente demostrados a virtud de las pruebas en mención, hacía innecesarias las prolijas disquisiciones jurídicas que suelen hacer algunos juzgadores, a propósito de las circunstancias de asesinato y que si bien son útiles, no resultan absolutamente indispensables cuando el juzgador ha señalado los hechos en que consisten y les ha dado su justa valoración legal.

Pero tanto el Tribunal como el Juzgado pusieron bien en claro la existencia de esas circunstancias, hasta el punto de que el a quo transcribió las disposiciones pertinen-

tes, como para que no quedara ninguna duda ni de los hechos que las configuraban ni de las normas a ellos aplicables.

Y en verdad que no hubo confusión alguna al respecto pues que en las dos audiencias públicas llevadas a cabo dentro del proceso, nadie discutió la existencia de esas circunstancias calificativas del homicidio, sino que el esfuerzo de la defensa se concentró en negar que los procesados hubieran sido los autores de los hechos sometidos a juicio.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Tercer cargo

Lo concreta la demanda en una pretendida nulidad del sorteo de jurados que se llevó a cabo el 10 de diciembre de 1965.

Ya el Ministerio Público demostró, en su concepto atrás resumido, que no hubo violación de las normas que en ese momento regían para tal acto y que eran las del Decreto 242 de 1941, a las cuales se ciñó estrictamente el Juez de la causa.

Pero aun cuando no hubiera sido así, se tiene que el sorteo a que hace referencia el demandante, fue anulado, como ya se dijo, y se ordenó verificar uno nuevo que se llevó a cabo el 18 de noviembre de 1970, observándose, para hacerlo, lo estatuido en el Decreto 1358 de 1964, entonces vigente.

Es decir, que el cargo se endereza contra un hecho inexistente dentro del proceso y, por tal motivo, no puede prosperar.

Cuarto cargo

Se refiere a los cuestionarios presentados en la primera audiencia pública, a los jurados, cuyo veredicto fue declarado contrario a la evidencia de los hechos, por el Tribunal, que ordenó reunir otro jurado de conciencia como en efecto ocurrió, y se hace consistir en que se preguntó a los jurados por circunstancias de asesinato que no habían sido particularizadas en la parte motiva del auto de proceder y por el robo de un revólver, hecho no mencionado en la resolutive de la misma providencia.

Este cargo también carece de asidero porque como ya se dijo en el examen del anterior, que también se refiere a la presunta omisión de examen de esas circunstancias y en el del primero, que critica la omisión del robo del revólver en la parte resolutive

del auto vocatorio a juicio, no es cierto que el Juzgador hubiera guardado silencio sobre las modalidades que convirtieron el homicidio juzgado en un asesinato y, además, no era necesario que la sustracción del arma se mencionara en la parte resolutive del auto precitado.

Por otra parte, respecto al uso, en el cuestionario, del término "sustracción" para referirse al robo del revólver, la Sala hace suyos los conceptos, atrás resumidos, de la Procuraduría, ya que, en efecto, el legislador, al tipificar en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, el delito mencionado, usa tanto el verbo apoderarse como el verbo sustraer, lo que quiere decir que los hace sinónimos para describir la conducta sancionada.

Tampoco se violó en el proceso, por los aspectos examinados ninguna norma de procedimiento ni derecho alguno del procesado recurrente.

No prospera este cargo.

Quinto cargo

Expuesto en la demanda como "sexto cargo", repite virtualmente el anterior ya que lo hace consistir en que los cuestionarios mencionan tres circunstancias de asesinato que no fueron analizadas en el auto de proceder, y en que no se particularizó, en esa providencia, la actividad propia de cada uno de los procesados. Agrega que se interrogó sobre la sustracción del revólver, hecho no mencionado en la parte resolutive del auto de proceder.

Como nada nuevo, respecto del cargo anterior, se dice en éste, basta remitir a lo que allí se expresó para rechazar aquél como también se hace con el presente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que se refiere la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAPACIDAD LEGAL PARA COMPARECER EN JUICIO LOS MAYORES DE 16 AÑOS

De ahí que a los mayores de 16 años ya no tenga que hacérseles designación de aquella clase de curadores, ni con relación a ellos tampoco tenga que reclamarse la presencia de su representante legal, pues, se repite, la ley les ha reconocido plena capacidad procesal para comparecer en juicio en el campo penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintitrés de agosto de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Cumplidos los trámites de ley, procede la Corte a decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Alirio Niño Figueroa contra la sentencia de fecha 8 de septiembre de 1972 por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil confirmó la de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Superior del Socorro que condenó a dicho procesado a la pena principal de ocho años seis meses de presidio, a más de las accesorias de rigor, "como autor responsable del delito de homicidio en Helí Ruiz Nieves".

Hechos

Tanto en el auto de vocación a juicio como en la sentencia de primera instancia y en el concepto rendido en la tramitación de este recurso, acertadamente han sido presentados de la siguiente manera:

"...El día treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta, el adolescente Helí Ruiz Nieves, en cumplimiento de un mandato de su padre, llegó en compañía de su

hermana Belén a casa del señor Luis José Flórez, ubicada en la vereda de "Palencia", en una finca denominada "Las Brisas"; esto ocurría, más o menos, a las cinco y media de la tarde. Una vez allí procedió a comprar lo ordenado y solicitó a su hermana fuera a llevarlo a su padre, mientras él se tomaba una cerveza. Instantes después llegaron a esta casa, separadamente, Alirio Niño Figueroa y Modesto Naranjo, los cuales hicieron algunas compras y tomaron cerveza. Posteriormente Modesto se marchó y quedaron en escena solamente la ventera y los dos muchachos. Alirio pidió una cerveza en seguida y acto seguido Helí, que estaba sentado en una banca, le dijo a Alirio: "Ala, gástate una cerveza"; Alirio le dijo que no, que él no tenía plata. Entonces Helí le contestó: "Ah, gran pingo, usted tiene plata, gástala". Alirio, después de pedir otra cerveza, salió, y dice Teófila: "...salió y se fue hacia arriba. Entonces el otro (refiriéndose a Helí) pagó con un billete de cinco pesos y yo fui a sacarle los vueltos y escuché que Helí le dijo a Alirio: "Ala Alirio, espera", y Alirio esperó un poquito y yo le di los vueltos a Helí y Alirio ya iba andando, y en seguida Helí también salió y echó una carrerita como a alcanzarlo a Alirio y éste siguió, pero yo lo noté como medio disgustado, me refiero a Alirio. Yo entonces me entré para la casa..." Al día siguiente, en las horas de la mañana, el esposo de Teófila encontró muerto a Helí Ruiz Nieves". (Fls. 66 ss., 93 ss. y Cuaderno de la Corte, Fl. 27).

Actuación procesal

El Juzgado Promiscuo Municipal de Chi-
ma inició estas diligencias al día siguiente
de ocurridos los hechos. Luego de recaudar
varias pruebas y de oír en indagatoria a
Alirio Niño Figueroa, el 8 de enero de 1971
dictó contra éste auto de detención por el
delito de homicidio en Ruiz Nieves (Fls. 12
ss.) Perfeccionada la investigación y clau-
surada esa etapa por el Juzgado Tercero
Superior del Socorro (Fl. 57), este Despa-
cho, de acuerdo con su fiscal colaborador
(Fls. 58 ss.) y por auto de 19 de octubre
del mismo año, llamó a responder al sin-
dicado por el delito antes dicho, en la mo-
dalidad de simplemente voluntario (Fls. 66
ss.). Se abrió el juicio a prueba (Fl. 60),
pero no se solicitaron ningunas. Según lo
prefijado (Fl. 80 vto.), se llevó a término
el sorteo de jurados (Fl. 82) y el 8 de fe-
brero de 1972 fue celebrada la respectiva
audiencia pública (Fls. 86 ss.), la cual cul-
minó con la siguiente respuesta que el Tri-
bunal popular dio a la cuestión única so-
metida a su consideración, de acuerdo con
las disposiciones legales: "Sí es responsa-
ble" (Fl. 86). Luego se produjeron las sen-
tencias de primero y de segundo grados, se-
gún se indicó y, la interposición del recurso
extraordinario de casación contra la últi-
ma, del cual se viene conociendo.

La demanda

Al amparo de la causal 4ª de casación
el censor formula tres cargos, debiéndose
empezar su estudio como él mismo lo so-
licita, por el último que plantea, ya que de
prosperar su repercusión dentro del pro-
ceso tendría un ámbito mayor. En su de-
bida oportunidad se harán las referencias
pertinentes al concepto del Ministerio Pú-
blico, representado en esta ocasión por el
señor Procurador Primero Delegado en lo
Penal.

Ultimo cargo de la demanda

Lo enuncia así: Existe nulidad de orden
constitucional y también legal (C. P. P.,
Arts. 580, Ord. 4º y 210, Ord. 3º), por "no
haberse notificado debidamente el auto de
vocación a juicio".

El recurrente, luego de hacer alusión a
que ya tal motivo de nulidad había sido
planteado en la segunda instancia, para
fundamentarlo ahora razona: cuando el
sindicado Niño rindió indagatoria, era me-
nor de 21 años, luego de acuerdo con el ar-
tículo 104 del Código de Procedimiento Pe-
nal entonces vigente, ha debido nombrár-
sele curador ad litem desde el momento
mismo de la indagatoria y el cual duraría
hasta la terminación del sumario, inclu-
yendo la notificación del auto de vocación
a juicio, puesto que en este instante aún
no se ha iniciado el juicio, ya que éste em-
pieza con la ejecutoria del auto antes di-
cho (C. P. P., Art. 498). Esa curaduría "fue
establecida en beneficio del menor y como
derecho de garantía defensiva suya". Por
emanar de la ley, es derecho legítimo y
adquirido por el menor a justo título. El ar-
tículo 104 del antiguo estatuto no fue de-
rogado expresamente por el 769 del actual:
si hubo derogatoria, lo fue tácita. De don-
de se concluye que el auto de proceder no
fue notificado debidamente al procesado
menor. Pero según el artículo 72 del Cód-
igo Civil, aplicable a estos casos, "la dero-
gación tácita "deja vigente en las leyes an-
teriores, aunque versen sobre la misma ma-
teria, todo aquello que ni pugna con las
disposiciones de la nueva ley", y como nin-
guna de las nuevas pugna con aquélla, el
inciso 2º del artículo 104 del antiguo es-
tatuto "quedó y está vigente", y no sólo
para los procesos iniciados antes de que
entrara a regir el citado Decreto 409, sino
para todos los procesados".

Pero, aun en caso de que lo anterior no
fuera así, "siempre la hubiera sido aplica-
do al proceso en que hablo el mandato so-
bre curaduría con la extensión y las con-
secuencias enunciadas", porque al consa-
grarse la curaduría para los menores de
21 años, la ley creó un derecho a su favor
"para ser asistido por un curador que le
completara su personalidad deficiente por
falta de madurez mental y de experiencia,
en todas las diligencias que se entendieran
con él" y no sólo en la indagatoria. Luego
el procesado menor Niño, adquirió con jus-
to título el derecho a curador en toda la
etapa del sumario, a partir, inclusive de la
diligencia de indagatoria, hasta quedar eje-
cutoriado el auto de enjuiciamiento, fenó-

meno éste posterior al de su notificación. Y como ello no ocurrió, se presenta la causal de nulidad prevista en el ordinal 3º del artículo 210 del Código Penal, porque la notificación del auto de proceder no se hizo en debida forma. De donde concluye que se está frente a una nulidad de orden legal y también constitucional habida consideración de los artículos 26 y 30 de la Carta Política.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador pide se deseche este cargo porque la antinomia surgida entre el inciso 2º del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal y el final del 349 del mismo estatuto, debe resolverse teniendo en cuenta lo dispuesto en el 5º de la Ley 57 de 1887, que viene a darle prevalencia a la última de las disposiciones citadas. De donde concluye que no había obligación de hacer la designación de curador que echa de menos el demandante, por lo cual no se está frente a nulidad alguna.

Se responde

Dispone la primera parte del artículo 48 de la Ley 75 de 1968: "Para todos los efectos legales de orden penal relacionados con menores de edad, ésta queda reducida al máximo de dieciséis años". Claramente dispone ella que para todos los efectos legales de orden penal, la minoría de edad encuentra su límite en los 16 años, es decir, que tal disposición le dio plena capacidad procesal al mayor de 16 años para comparecer en juicio penal, plenitud de capacidad procesal que renugna toda clase de curadurías para cualquier acto y que por tanto la descarta. Esto explica por qué el nuevo Código de Procedimiento Penal, posterior a la ley cuya norma acaba de citarse no traiga en su articulado aquellas antiguas disposiciones con relación a los curadores a los cuales se refieren los correspondientes incisos de los artículos 104 y 349 atrás indicados y sí, por el contrario, reproduzca literalmente en su artículo 664: "Capacidad penal. Para todos los efectos legales de orden penal relacionados con menores de edad, ésta queda reducida al máximo de diez y seis años". De ahí que a los mayores

de 16 años ya no tenga que hacérseles designación de aquella clase de curadores ni con relación a ellos tampoco tenga que reclamarse la presencia de su representante legal, pues, se repite, la ley les ha reconocido plena capacidad procesal para comparecer en juicio en el campo penal.

Ahora bien: como aquella norma (Ley 75/68, Art. 48) que reconoció en este sentido plena capacidad a los mayores de 16 años ya se encontraba vigente cuando se inició la presente investigación, conclúyese que la argumentación presentada por el demandante para sustentar este cargo carece de fundamento, por lo cual no puede prosperar.

Sirva también lo anterior para dejar sentado que no puede aceptarse la pretensión del censor en el sentido de que el inciso 2º del artículo 104 del antiguo Código de Procedimiento Penal aún se encuentra vigente. Y agréguese a ello, en contra de esta pretensión, el que rotundamente dispuso el artículo 769 del nuevo estatuto sobre la materia: "Derogación de normas procesales". "El Decreto 1345 del 4 de agosto de 1970 y las normas sobre procedimiento penal ordinario que no se encuentran incluidas en este Código, quedan derogadas". Ahora bien: aquel inciso 2º del artículo 104 del anterior estatuto procesal penal ordinario, que era una norma precisamente de esa naturaleza, no fue incluido en la nueva codificación. De donde es preciso concluir que por esta no inclusión quedó claramente derogado. Pretender sostener su vigencia también iría contra la plena capacidad de los mayores de 16 años para comparecer en juicio penal, según acaba de verse.

Primer cargo

Es formulado así: "El motivo de nulidad previsto expresa y concretamente por la disposición número 211, ordinal 3º del Código de Procedimiento Penal, consistente en haberse incurrido en la diligencia de sorteo de jurados en una irregularidad de tanta significación, que no puede saberse quiénes han debido actuar como miembros del jurado y quiénes tenían con respecto a ese Tribunal popular la mera calidad de suplentes".

Para sustentarlo expone: De acuerdo con los artículos 540 y siguiente del estatuto procesal penal, el Juez debe poner de presente la lista de los jurados y las fichas correspondientes a partir de la unidad; luego el Fiscal "procederá a extraer seis fichas, una a una cuyo número será leído en voz alta por el Secretario", debiendo quedar constituido el Jurado por "aquellos cuyos nombres corresponden a las tres primeras fichas extraídas", "cuyos suplentes numéricos serán los que correspondan a las tres extraídas en este último lugar". En este proceso se desconocieron esos mandatos: el Juez no puso las fichas correspondientes a la lista a partir de la unidad, sino que "se limitó a poner de presente las ciento cincuenta fichas correspondientes" y así ninguno de los asistentes pudo verificar "que no había fichas repetidas y si las ciento cincuenta correspondían a las ciento cincuenta cifras de 1 inclusive a 150 inclusive, sin que hubiese otra u otras fuera de esa numeración". Además, la actuación del Fiscal tampoco se ciñó a la ley, puesto que conforme al acta "... 'el señor Fiscal del Juzgado procedió a sacar seis de ellas' sin que aparezca constancia de que fueron sacadas 'una a una', sin que esto se pueda presumir y sin que en caso de posible presunción "conste que la primera de las fichas extraídas fue la marcada con el número 61 correspondiente al señor Pedro José García Villa, la inmediatamente siguiente la marcada con el número 117, correspondiente en la lista de la señora María Rivero de Sánchez, la tercera con el número 34, correspondiente al señor Pedro David Cortés y así sucesivamente. Luego no existe la prueba acerca de quiénes fueron sorteados jurados principales y quiénes suplentes, presentándose, así, la causal de nulidad invocada.

Se responde el cargo

Se afirma en el acta de sorteo de jurados: "En el Socorro, a los nueve días del mes de diciembre de mil novecientos setenta y uno, siendo el día y la hora señalados para llevar a efecto el sorteo de jurados conforme a auto que antecede en la causa seguida contra Alirio Niño Figueroa por homicidio en Helí Ruiz Nieves, los suscritos

Juez y Secretario del Juzgado Tercero Superior, con tal fin se reunieron en el recinto de la Secretaría del Despacho en asocio del Fiscal del Juzgado y del acusado Niño Figueroa. Abierto el acto, el señor Juez de la causa puso de presente a los interesados la lista de jurados del Juzgado y las ciento cincuenta fichas correspondientes, las que examinadas resultaron exactas. A continuación las mencionadas fichas fueron colocadas en una urna especial y, una vez allí revueltas el señor Fiscal del Juzgado procedió a sacar seis de ellas cuyos números y nombres respectivos se leyeron en alta y clara voz así:

"Ficha número 61, correspondiente a: Pedro José García Villa.

"Ficha número 117, correspondiente a: Marina Rivero de Sánchez.

"Ficha número 34, correspondiente a: Pedro David Cortés.

"Ficha número 4, correspondiente a: Argemiro Aguilar.

"Ficha número 125, correspondiente a: Edelmira Solano Alvarez.

"Ficha número 60, correspondiente a: Aurelio Gass Puyana.

"Como no se presentara ninguno de los incidentes a que alude el artículo 510 del Código de Procedimiento Penal, el señor Juez por ministerio de la ley declaró electos miembros del jurado en esta causa los tres primeros como principales y los tres últimos como suplentes numéricos a los mencionados ciudadanos cuyos nombres atrás quedaron consignados. En constancia de todo lo anterior se extiende por triplicado la presente acta por los que en ella intervinieron después de leída y aprobada". (Fl. 81).

La atenta lectura de este documento público que no ha sido atacado en sí mismo en forma alguna, lleva a la conclusión de que el censor no tiene razón en ninguno de los cargos que formula en relación con el sorteo de jurados:

Quiere la ley que se exhiban a quienes concurren a la diligencia el número de fichas que corresponda al número de jurados que figura en la lista y ello fue lo que ocurrió. La pieza dice en lo pertinente: el Juez "puso de presente a los interesados la lista de Jurados del Juzgado y las ciento cincuenta fichas correspondientes, las que

examinadas resultaron exactas". De donde es preciso concluir que ese Juzgado tiene una lista de 150 nombres para integrar jurados; que en tal acto, el Juez puso de presente no sólo la lista con tales nombres, sino también "las ciento cincuenta fichas correspondientes" a tales nombres, es decir, una por cada uno de ellos y se agrega en el mencionado documento algo que trae mayor claridad y precisión: las fichas fueron examinadas y resultaron exactas, es decir, fieles a la numeración que tiene la lista. De manera que el reparo formulado por este aspecto, no puede aceptarse, ya que no se violó el pretendido ordenamiento legal.

Y, en cuanto hace relación a la actividad cumplida por el Ministerio Público dentro de tal diligencia, conviene recordar que el cargo consiste en que él no sacó las fichas "una a una" como lo dispone la ley no sabiéndose, en consecuencia, quiénes eran los jurados principales y quiénes los suplentes. A lo anterior, cabe observar: En ninguna parte exige la ley, y menos con sanción de nulidad, que en el acta haya que dejar particularísima constancia de todos los pormenores de lo que se está cumpliendo. Basta que de manera general y clara se indiquen, cuando no hay precisa exigencia sobre el particular. Pero, además, en el acta se lee: el Fiscal "procedió a sacar seis de ellas cuyos números y nombres respectivos se leyeron en alta y clara voz así: ..." Este adverbio "así" está significando de la siguiente manera. Y como esa manera corresponde a la posición y numeración que sigue a continuación en el Acta, conclúyese que los tres primeros fueron los sorteados como principales y los tres últimos como suplentes, tal como lo dispone el artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, siendo de advertir que estos mismos tres primeros fueron quienes concurrieron como tales a la audiencia pública (Cfr. Fls. 81, 86).

Por lo expuesto, este cargo no prospera.

Segundo cargo

En el acta de audiencia se dice que el acto comenzó "...con la toma del juramento de rigor a los jueces populares y la lectura del pliego de cargos". Pero no

consta quién lo tomó, y, además, "se omitió hacerlo bajo la fórmula especial consagrada por la ley para ello (Art. 560)" que tiende a garantizar los intereses de la sociedad, de la ley, de la justicia y del procesado, quien en este caso, al verse despojado de ese derecho se vio afectado en el de su defensa. Agréguese a lo anterior que los jurados "actuaron sin prestar el juramento, puesto que si en el acta consta que se les tomó, no se expresó que 'cada uno de ellos' respondiera 'en voz clara: sí lo juro', como lo exige tan expresamente el mismo artículo 560". De esta no prestación del juramento "sale una incompetencia de los jueces de hecho, y de esta incompetencia, otra causal de casación que alegaré adelante en forma independiente".

Se responde el cargo

La Corte hace suya la siguiente réplica del Procurador para dar respuesta a este cargo: "El artículo 560 del Código de Procedimiento Penal manda que 'reunido el Jurado, puestos de pies todos los concurrentes, el juez exigirá juramento a los miembros de aquél, con la fórmula siguiente... Cada uno de los jurados responderá en voz clara 'sí lo juro'. El juramento no se le exige por separado o individualmente a los miembros del Juri, según las voces de lo que se ha transcrito, sino que es 'a los miembros de aquél'. Al hacerse en tal forma la juramentación, ellos deben contestar al unísono y simultáneamente, ya que no les exige el artículo en comentario que lo hagan por separado. Necio sería detenerse en explicaciones de cómo varias personas pueden dar respuesta al juramento de manera personal y simultáneamente. Es tan simplista todo ello que no se presta a consideraciones de aclaración.

"Concluye el cargo con temeraria aseveración de que los jurados no prestaron el juramento por no constar en el acta quién se los requirió. Es impertinente presumir que por cuanto expresamente no dice un acta levantada para dar fe un acto procesal, al cual necesariamente debe concurrir el Juez, y dentro de la cual se tomará juramento, que éste lo tomó, lo fue recibido por funcionario distinto. Como el artículo procedimental citado atrás manda que 'el

juez exigirá juramento a los miembros de aquel (Jurado)", y el acta de la audiencia pública, informa que ella se comenzó "con la toma de juramento de rigor a los jueces populares", impertinente es la afirmación del actor al aseverar que se desconoce quién los juramentó y que, en consecuencia, como no lo fue el Juez Superior, ellos obraron careciendo de tal requisito y por lo tanto con incompetencia en sus funciones, máxime cuando el acta de la audiencia pública está afirmando que el señor defensor se trasladó "al recinto destinado a esta clase de actos" en compañía del juez de la causa, Agente del Ministerio Público, acusado y jurados. Por lo tanto, la presencia del señor defensor, desde un principio, en la audiencia pública, asistencia confirmada por haber firmado el acta sin ninguna acotación o glosa desmiente lo que afirma el actor, ya que, más que imprudente, sería irrisorio decir que el señor defensor desconocía que el juramento a los jueces de conciencia lo debe tomar el Juez Superior que preside la audiencia, y no su secretario o algún portero del Juzgado" (Cuaderno de la Corte, Fls. 43 a 45).

Pero, además, en el Acta se afirma que el acto comenzó "con la toma del juramento de rigor a los jueces populares". Ahora bien: si se tomó el juramento "de rigor", ello está expresando que el que se tomó fue el que exige la ley y que se tomó de manera real, estricta y rigurosa, es decir, por quien tenía la facultad de tomarlo y con el lleno de las formalidades señaladas por

la ley al efecto. En consecuencia no hubo violación de la ley en el sorteo de jurados, ni actuación de jueces de conciencia que no tuvieran la debida competencia para proferir veredicto dentro de este proceso. De donde es preciso concluir que este cargo tampoco puede prosperar, sobrando agregar que no hay otro nuevo que haya de someterse a estudio.

Habiéndose llegado a la conclusión a la cual se llegó con relación a cada uno de los cargos, la Corporación habrá de desechar el recurso propuesto, tal como lo dispone el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto de su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 8 de septiembre de 1972, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.



CASACION.— TECNICA

Cuando se invoca la causal primera, debe señalarse concretamente cuál de las diversas posibilidades de casación que contiene, es la que se toma como base de la solicitud y ajustar a ella la estructura de la demanda.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto treinta de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de 13 de diciembre de 1972, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el procesado Rodrigo Arrubla Yepes, contra la del Juzgado Décimo del Circuito de esa ciudad, en el presente proceso que se le ha venido adelantando por delitos de raptor y violencia carnal, cometidos en perjuicio de la familia y de la persona de Gilma Inés Betancourt Escobar, el 31 de diciembre de 1971, dijo en la parte resolutoria de la misma:

“Confirma el fallo que por apelación se revisa, en cuanto condena a Arrubla Yepes por el delito de raptor en la persona de Gilma Inés Betancourt Escobar. Lo revoca en cuanto lo absuelve del cargo de violencia carnal en la misma Escobar o Betancourt Escobar y en su lugar lo condena por ese ilícito. Como se trata de delitos en concurso real, la sentencia se reforma; por los delitos de violencia carnal y raptor en la persona de Gilma Inés Betancourt Escobar, se condena a Rodrigo Arrubla Yepes a descontar tres años de prisión, en vez de diez meses que trae el fallo de instancia, se aumenta en igual proporción las accesorias que impliquen duración. Se revoca la concesión de la condena condicional, por lo cual habrá de ordenarse la captura del implicado. Se le devolverá la caución pres-

tada para gozar de libertad (Fl. 115). Se le suspende la patria potestad, si la tuviera, por un período igual al de la pena principal”.

Contra esta sentencia interpuso el procesado, en tiempo oportuno, y le fue concedido, el recurso extraordinario de casación, cuyo trámite se encuentra agotado, por lo cual se procede a resolver lo que sea del caso, teniendo en cuenta los siguientes

Hechos y actuación procesal

Los primeros fueron resumidos por el Tribunal en la forma que pasa a transcribirse y que la Sala acoge por ceñirse en un todo a la realidad procesal:

“El 31 de diciembre de 1971, a eso de las ocho y media de la noche, salieron de su residencia tres hermanas, Nelly, Luz Miryam y Gilma Inés Betancourt Escobar, acompañadas del doctor Jairo Arroyave, luego recogieron a otras personas y se trasladaron al sitio denominado Fujillama, con el ánimo de pasar un rato de holgorio, pero como no se pusieron de acuerdo para quedarse en ese lugar, resolvieron separarse. Le correspondió al doctor Arroyave, en asoció de Gilma Inés, llevar una pareja de novios al hotel Nutibara y en tal lugar apareció el sindicato quien los seguía y por la fuerza tomó del pelo a Gilma Inés con el fin de arrastrarla hasta su vehículo, pero la intervención de un agente de la policía impidió su cometido, aunque Arrubla no cesó en su intento. Nuevamente salieron el doctor Arroyave y Gilma Inés a reunirse con las dos hermanas, pero apareció Rodrigo siguiendo el carro donde iban, has-

ta hacerlos cruzar un semáforo en rojo, y, al llegar a la avenida del Ferrocarril, Arrubla atravesó el carro y por la fuerza tomó a Gilma, sin que valiera que otro señor se interpusiera y hasta desenfundara revólver, la golpeó y contra su voluntad la subió al carro y la condujo a una casa de citas denominada 'Mi Casa', situada en la autopista sur, en donde sostuvo con ella el acceso carnal contra su voluntad. Posteriormente la trasladó a la casa de él, en donde la retuvo hasta que llegaron los agentes del DAS y los llevaron detenidos".

Perfeccionada la investigación originada en los hechos que se dejan mencionados, el Juez calificó el mérito del sumario por auto de 3 de junio del año pasado en el cual llamó a juicio a Arrubla Yepes por los delitos de rapto y violencia carnal.

A esa providencia pertenecen los siguientes apartes en los cuales se resumen los cargos que se hicieron al procesado:

"Se imputa pues a Rodrigo Arrubla en este proceso, un delito de rapto en mujer mayor de diez y ocho años y menor de veintiuno, obtenido con violencia y con la intención de satisfacer deseos erótico-sexuales, la cual apareció patente cuando el acusado después de arrebatarse a la ofendida, se dirigió de inmediato con ella hacia una casa de citas. En efecto en su injurada, al referirse a los golpes que le había propinado a Gilma Inés, expresó: '... ni sé cómo no maté esa perra... Después me la llevé para una casa de citas...' También se le sindicó de un delito de violencia carnal, cometido después del rapto, por haberla accedido carnalmente mediante el empleo de violencia. Estas infracciones están contempladas en los artículos 349 y 316 del Código Penal. La violencia carnal se encuentra agravada de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 317 del Código Penal por haberse cometido en persona de una mujer virgen. Como el procesado con los actos ejecutados sobre la ofendida le causó lesiones que le produjeron ocho días de incapacidad, también se agrava el delito contra la libertad y el honor sexuales según lo preceptuado en el artículo 318 del Código Penal.

"Considera el Despacho que la prueba aportada a los autos, reúne a cabalidad las

exigencias del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal; en efecto, se encuentra plenamente demostrada la existencia de los dos delitos que se atribuyen al imputado y se allegó, a los autos prueba inculpativa de entidad que lo señala como responsable de ellos. A Rodrigo Arrubla se le imputaron durante la investigación cargos graves y concretos que él en ningún momento pudo desvirtuar; algunos como el rapto y las lesiones causadas en la ofendida, no tuvo más remedio que aceptarlos; del rapto había testigos y las lesiones estaban a la vista; pero negó el acceso carnal obtenido por la fuerza, el cual creyó que no podía ser comprobado por no haber sido presenciado por nadie. Rodrigo Arrubla ha afirmado que ningún delito cometió y no observa motivos para haber sido vinculado a esta investigación; no obstante, en la diligencia de confrontación con la ofendida admitió que cuando habían llegado los agentes del D.A.S. a su casa, le había dicho a Gilma Inés que les dijera que era la moza de él y en el momento en que ella iba a rendir su instructiva ante el Inspector, también le dijo que no dijera nada de lo ocurrido. Con esta preocupación porque Gilma Inés no contara lo acontecido, demostró Arrubla Yepes su responsabilidad, porque es bien sabido que quien tiene interés en ocultar la verdad es porque ella lo perjudica".

Esta providencia no fue reclamada y por lo tanto, se pasó a la etapa del juicio, en la que no se pidieron pruebas.

Agotado dicho trámite procesal, se pronunció, con fecha 19 de septiembre del año mencionado, sentencia en la cual fue condenado Arrubla Yepes a la pena principal de diez meses de prisión, más las sanciones accesorias correspondientes, por el delito de rapto. Se le absolvió por el de violencia carnal y se suspendió la ejecución de la sentencia.

El defensor del procesado interpuso, contra esa providencia recurso de alzada, que le fue concedido y que el Tribunal resolvió por medio de la sentencia que es objeto de la casación.

En ella, el ad quem reproduce "in extenso" el concepto del Agente del Ministerio Público en el cual se hace un pormenorizado relato de los hechos que dieron

base al proceso, transcribe luego y comenta el examen médico-legal de la ofendida, señala en qué consisten los delitos de rapto y de violencia carnal cometidos por el procesado, analiza el concurso real que los une, expresa las circunstancias agravantes y termina explicando por qué es posible hacer más gravosa la situación del procesado al conocerse por apelación de éste el fallo en que se le absuelve por uno de los cargos.

De todo lo cual concluye que Arrubla Yepes es responsable por ambos ilícitos y reforma la sentencia de primera instancia, del modo como se deja señalada al comienzo de la presente.

Demanda de casación

Luego de narrar los hechos y de reseñar, en forma minuciosa, cada uno de los pasos de la actuación procesal, el demandante transcribe literalmente el inciso 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, bajo el epígrafe de "causal que se aduce para pedir la infirmación del fallo".

En seguida dice textualmente:

"En la sentencia del honorable Tribunal Superior de Medellín y que es materia de este recurso extraordinario, no se tuvo en cuenta la ley sustantiva (infracción directa), ni tampoco se aplicó debidamente (secuela del defecto anterior), ni mucho menos se realizó la interpretación que correspondía a una evaluación equilibrada de los hechos probados en el acervo respectivo que existe en el expediente y en consonancia con las normas legales pertinentes (interpretación errónea)".

Después, tras de enunciar, en forma genérica, que los hechos juzgados no pueden considerarse en forma unívoca, que no se configuró el delito de rapto y que tampoco existió el de violencia carnal, la demanda transcribe, casi en su totalidad, el escrito presentado por el defensor del procesado, ante el Tribunal para solicitarle a éste que revocara la condenación por rapto, recaída en el recurrente (Fls. 119 a 126 del Cdno. principal), intercalando el demandante los apartes de dicho memorial con comentarios propios.

Entre éstos, cabe destacar la afirmación de que el ad quem apreció erróneamente la versión del procesado y desechó la contradicción existente entre la inicial de la ofendida y la que rindiera "días después de meditación serena y consejería acuciosa de sus familiares" (Fl. 21, Cdno. de la Corte).

Así como también la crítica que hace a la apreciación, por el Tribunal, de la pericia médico-legal que se pronunció en el sentido de que la ofendida se hallaba en estado de plena normalidad mental cuando se presentó ante el funcionario de instrucción, lo que no tomó en cuenta el ad quem dice el demandante, cuando afirmó que estaba perturbada emocionalmente. (Fl. 22 ibidem).

Ataca también la versión de la ofendida y asevera que hubo un vacío en la investigación al no llamarse a declarar a la dueña del hotel a donde fue conducida Gilma Betancourt por Arrubla Yepes.

Por lo demás, hace suyas las apreciaciones del defensor del procesado en el escrito que se menciona y en el que, a través de un largo y prolijo examen de las pruebas, trata de demostrar que no existieron los delitos por los cuales se llamó a juicio.

Señala la demanda como violados los artículos 316 y 349 del Código Penal, 215, 216 y 217 del de Procedimiento Penal, estos últimos por aplicación indebida y errónea en la evaluación de las pruebas, lo que condujo, según el demandante, a que no se valoraran correctamente los elementos que configuran los delitos de rapto y violencia carnal.

"Además, agrega, se equivocó (el Tribunal) en las normas sobre las condiciones de las mismas pruebas, por ejemplo, en las contenidas en los artículos 229, 230, 234 y 236 del Código de Procedimiento Penal, o sea erróneo examen e interpretación indebida de la prueba indiciaria, de los testimonios allegados y de la versión del sindicado".

"En consecuencia, termina diciendo, también se violentó el mandato contenido en el artículo 26 de la Constitución Nacional" por todo lo cual pide que se case la

sentencia ya que estima "que se configura la causal 1ª (Art. 580 del C. de P. P.) y, por ende, se producirán los efectos que señala el ordinal 1º del artículo 583 ibídem".

Concepto de la Procuraduría

Después de hacer la historia de los hechos y el resumen de la demanda, el Ministerio Público expresa que hay en ella confusión de cargos e innegable falta de técnica y hace luego una juiciosa y detenida exposición de las exigencias de la causal 1ª, diferenciando sus dos apartes y señalando cómo deben hacerse los planteamientos para cada una de las hipótesis allí contempladas, insistiendo en la separación de ellas y en el diverso tratamiento que debe dárseles en un libelo de casación.

Todo esto con el objeto de demostrar que el demandante no se ciñó a esos requerimientos por cuanto alegó motivos de infirmación del fallo que, si bien están contenidos en el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, no pueden aducirse simultáneamente sin incurrir en grave contradicción en el planteamiento de la demanda, a propósito de lo cual dice la Procuraduría Primera Delegada Penal, que es la que lleva, en el presente recurso, la voz del Ministerio Público:

"No se sabe, en frente a lo que el señor demandante plantea, cuál es la verdadera y exacta violación hecha por el fallo a la ley sustancial, vale decir, si fue operante en su naturaleza directa, o ya de manera indirecta, y sabido es que no le es pertinente a la Sala de Casación Penal de la honorable Corte interpretar el pensamiento del demandante o llenar los vacíos dejados en el libelo de acusación, pues, se repite, es imperativo categórico plantear sin dubitación alguna la naturaleza del quebranto a la ley sustancial y demostrarlo en forma concreta y precisa, lo cual no fue cumplido por el señor demandante".

En virtud de lo cual termina la Procuraduría solicitando que se deseche la demanda por no haberse demostrado legalmente los cargos a la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Corte

Tiene razón la Procuraduría tanto en su solicitud como en los razonamientos en que la sustenta.

Al iniciar la crítica a la sentencia en el único cargo que a ésta le hace, el demandante transcribe, como se deja visto, el primer inciso del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, lo que hace pensar que va a plantear su demanda sobre una de las tres hipótesis de violación de la ley sustancial allí contempladas: infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

Pero no solamente se refiere a todas ellas en conjunto, sin especificar en cuál va a basar su solicitud de casación y el consiguiente análisis de la sentencia, sino que pasa, a renglón seguido, a hacer la crítica de las pruebas que sirvieron de base al juzgador ad quem para pronunciar la condena combatida.

Es decir, razona en esta parte de la demanda, como si fuera a sustentar su solicitud no en el inciso primero sino en el segundo de la disposición mencionada y aun entonces no se cuida de hacer la necesaria distinción entre el error de hecho y el de derecho en que pudiera haber incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

Ya en repetidas oportunidades, esta Sala, como lo expresa la Procuraduría, ha insistido en que si se invoca la causal primera, debe señalarse concretamente cuál de las diversas posibilidades de casación que contiene es la que se toma como base de la solicitud y ajustar a ella la estructura de la demanda porque cada una de esas hipótesis es diferente de las otras y requiere planteamientos también distintos a los de éstas.

En efecto, existe, en primer término, una diferencia sustancial entre los dos incisos del numeral primero de la disposición mencionada: el primero de ellos supone que se aceptan los hechos del proceso. El segundo, en cambio, implica que no se está conforme con los que consideró establecidos el juzgador.

Y en tanto que aquel inciso tiene como base el quebranto directo de la ley, el segundo plantea una violación indirecta de la misma. En otras palabras, el primero implica la infracción de la norma legal por haberse dado a los hechos que sirvieron de base a la sentencia y que el demandante acepta como ciertos, una interpretación

reñida con la ley. El segundo, en cambio, presupone que el sentenciador consideró establecidos hechos que, en concepto del recurrente, no lo están.

De otro lado, a la demostración de cualquiera de las hipótesis del primer inciso se llega estableciendo ora que se dejó de aplicar una disposición legal que era pertinente al caso, es decir, que existiendo una norma legal que subsume éste, el juzgador no le dio aplicación (infracción directa), o bien que consideró que le era aplicable una disposición que, en realidad, no lo contemplaba (aplicación indebida), o, finalmente, que si bien le aplicó la norma pertinente, le dio a ésta un alcance mayor o menor al correspondiente (interpretación errónea).

Por lo que hace al segundo inciso, o sea la violación indirecta, el quebranto de la ley se ha causado a través de la consideración que de las pruebas ha hecho el juzgador, sea porque dejó de estimar determinado elemento de convicción existente en los autos, o porque tuvo como demostrado un hecho sin que obrara la prueba pertinente o, finalmente, porque le dio a una que sí existía en el proceso, un alcance distinto del que le asigna la ley, siempre y cuando que, en cualquiera de estas hipótesis, se trate de un hecho fundamental en el proceso y el error aparezca manifiesto en los autos.

Al caso presente puede aplicarse lo que, a propósito de uno semejante dijo la Corte en reciente sentencia:

"Es evidente que el demandante invoca como fundamento del cargo primero el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, que transcribe en su totalidad, con desdén manifiesto por sus precisiones, y como si todas ellas obedecieran a un mismo concepto de violación de la ley sustancial, con olvido, asimismo, de que la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea, las tres, son formas distintas del error jurídico, y que, todas ellas, difieren del error de derecho y del error de hecho, cuyos méritos en casación dependen del buen suceso que el demandante obtenga en la demostración de que el sentenciador apreció erróneamente o dejó de apreciar determinada prueba" (Sent. de 27 de julio de 1973).

Ya en una providencia anterior había expresado la Sala:

"...cada una de las dos formas de violación de la ley tiene su peculiar fundamentación, su propio campo de acción y no es posible alegar simultáneamente sin faltar a la lógica y sin desconocer el principio de contradicción, infracción directa e indirecta de la ley en un mismo fallo, como que no es concebible que se acepten y se nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión, ni es tampoco admisible que se sostenga una impugnación de infracción directa de la ley a través de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, esto es, sobre una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas, a las que se le atribuyeron en el fallo porque ello es contrario a la técnica y a los principios normativos de la casación" (Sent. 22 de agosto de 1969).

Con todo lo cual se vigoriza la afirmación ya expuesta de que la demanda, en el presente caso, adolece de graves errores de técnica que impiden fallar de modo favorable a lo pedido ya que, debido a la índole no oficiosa del recurso, no es posible que la Corte enmiende, lo que por otra parte, no sería hacedero a causa de las irreductibles contradicciones en el planteamiento de la pretensión del actor que se dejan advertidas.

No prospera, por lo tanto, el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 13 de diciembre proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el presente proceso y ordena devolver el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE EN LOS CONSEJOS DE GUERRA

No es a la Corte a la que le corresponde declarar que las respuestas dadas por los vocales del consejo de guerra, son contrarias a la evidencia de los hechos, pues esa facultad ha sido conferida, de modo privativo, a los juzgadores de instancias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto treinta de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada a 28 de junio del año en curso y por medio de la cual reformó el fallo proferido por la presidencia del consejo verbal de guerra el 9 de agosto de 1971, en el presente proceso que, por los delitos de homicidio perfecto, homicidio imperfecto, robo consumado, robo en grado de tentativa, lesiones personales, y asociación para delinquir, se ha venido adelantando contra Epaminondas Gómez Sánchez (a. El Chino Gustavo), Fabio Sandoval Aranda, José Alvaro Molano Rodas (a. Viejo Rojas) y Nelson de la Pava Sánchez (a. El Loco), según hechos ocurridos en esta ciudad, en los días 6 y 9 de diciembre de 1966 y del cual aparecen como ofendidos Francisco José Velásquez, José Caicedo Echeverría y el agente Luis Guillermo Ordóñez, interpusieron los procesados Sandoval Aranda, Molano González y De la Pava Sánchez, en tiempo oportuno, recurso de casación que les fue concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala pero que sólo sustentó el último, por lo cual se declaró desierto para los dos primeros, habiendo De la Pava Sánchez presentado, en tiempo oportuno y por medio de apoderado constituido al efecto, la respectiva demanda que se declaró ajustada.

Tramitado el recurso sin que se observe nulidad, se procede a resolverlo previa consideración de los siguientes

Hechos y actuación procesal

El 3 de diciembre de 1966 le fue sustraída al teniente médico (r) José Caicedo Echeverría una camioneta de su propiedad que había dejado estacionada en la esquina de la calle 64 con carrera 13 de esta ciudad.

Tres días más tarde, o sea el 9 del mes y año citados, se presentaron a la sastrería "El Mundo al Día" varios individuos que habían llegado hasta allí en el vehículo que se deja mencionado, y quienes penetraron intempestivamente en el establecimiento en cuestión, a eso de las ocho y media o nueve de la noche y que, una vez en el interior, cerraron la puerta de la calle y amenazando con revólveres a los que estaban allí, pretendieron hacerlos tender en el suelo, pero como algunos de ellos gritaran diciendo que era un atraco y otros trataran de esconderse en diversos sitios, los asaltantes hicieron varios disparos y luego salieron precipitadamente, no sin antes haber, uno de ellos, golpeado en la cabeza y con las cachas de su arma a José Velásquez, propietario de la sastrería.

Una vez en la calle, como los ocupantes del establecimiento habían salido también y continuaban gritando, los asaltantes cubrieron su retirada disparando pero como antes de llegar a la carrera 4ª con calle 18 les saliera al paso el agente Luis Guillermo Ordóñez López, uno de los fugitivos disparó contra él, causándole en la cabeza una

lesión a consecuencia de la cual murió cuando era operado de urgencia en la Clínica de la Policía Nacional, aquella misma noche.

Por los hechos que se dejan resumidos se iniciaron dos investigaciones, que después se unieron: una por el robo de la camioneta y la otra por los delitos de homicidio en el agente Ordóñez, tentativa de homicidio en el dueño de la sastrería, lesiones personales en Velásquez y asociación para delinquir.

Por haberse estimado que se estructuraba el delito que se menciona en último término y a virtud de que el país se encontraba en estado de sitio y había sido atribuido a la justicia penal militar, por el Decreto 1290 de 1965, el conocimiento de tal clase de ilícitos y de los conexos con ellos, se pasó el proceso al Comando de la Brigada de Institutos Militares con sede en esta ciudad, entidad que, por Resolución número 0073 de 16 de agosto de 1967, resolvió convocar un consejo de guerra verbal en la guarnición de Bogotá, para juzgar a Fabio Sandoval Aranda, Epaminondas Gómez Sánchez y José Alvaro Molano González y al entonces reo ausente Nelson de la Pava Sánchez por los delitos de asociación para delinquir, homicidio imperfecto, robo, robo en modalidad de tentativa y lesiones personales.

Tal consejo se llevó a cabo a partir del 17 de agosto de 1967 y durante él se sometieron a la consideración de los vocales quince cuestionarios, catorce de los cuales fueron contestados afirmativamente y uno, el que preguntaba por la responsabilidad de José Alvaro Molano González en la tentativa de homicidio contra Francisco José Velásquez, lo fue en modo negativo.

Estas respuestas fueron aceptadas y desarrolladas por el Comando mencionado, en sentencia de 28 de agosto del año que se acaba de citar de la cual conoció por apelación el Tribunal Superior Militar que, en providencia de 29 de agosto del año siguiente, declaró nulo todo lo actuado, a partir de la convocatoria del consejo de guerra verbal, inclusive, y ordenó repetir la actuación.

Antes de convocarse el nuevo consejo de guerra verbal, se capturó y oyó en indagatoria a Nelson de la Pava Sánchez, quien

alegó, en su defensa, que en los días de los hechos juzgados, no se encontraba en Bogotá, sino preso, en el Permanente de las Galerías de Pereira (Fl. 246 Cdno. N° 2).

El nuevo consejo de guerra, se reunió, también en esta ciudad, del 11 al 20 de diciembre de 1968 y en él se sometieron a los jurados los cuestionarios de rigor, que fueron respondidos afirmativamente, menos uno, el que preguntaba por la responsabilidad de Nelson de la Pava por el delito de asociación para delinquir, que fue contestado, por mayoría, en forma negativa (Fl. 318, Cdno. N° 2).

En providencia de 20 de diciembre de 1968, el presidente del consejo de guerra verbal dispuso aceptar y dejar en suspenso los veredictos restantes y declarar contrario a la evidencia de los hechos el que se acaba de mencionar.

El Tribunal Superior Militar, por la suya de 27 de mayo de 1969 resolvió abstenerse de conocer del presente proceso y ordenó remitirlo, por intermedio del Comando de la Brigada de Institutos Militares, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por competencia, provocándole, al mismo tiempo, colisión de competencia negativa para el caso de que esta Corporación no aceptara sus razones.

Se basó para tomar esa decisión, en que ya para entonces y por disposición del Decreto 3070 de 16 de diciembre de 1968 había sido levantado el estado de sitio y dejado de regir, en consecuencia, el Decreto 1290 de 1965 que atribuía a la justicia penal militar el conocimiento del delito de asociación para delinquir y conexos.

El Tribunal Superior mencionado avocó, en un principio, el conocimiento del proceso, pero luego, por auto de 27 de agosto de 1970, dispuso aceptar la colisión negativa que se le había planteado y ordenó, en consecuencia, remitir el expediente a la Corte para resolver el conflicto lo que esta Corporación hizo por medio de providencia fechada el 4 de noviembre del año que se acaba de citar, en el sentido de que era el Tribunal Superior Militar quien debía seguir conociendo del proceso, para lo cual se basó en que, aun cuando el estado de sitio había sido levantado, como quiera que no se había dictado sentencia sino que se había suspendido el consejo de guerra que

debía reunirse nuevamente para resolver sobre el cargo hecho a De la Pava Sánchez por asociación para delinquir, sólo cuando se pronunciara el Tribunal sobre la declaratoria de contraevidencia ya mencionada, se hiciera el nuevo consejo de guerra y se dictara la sentencia definitiva, podría decirse que había terminado la actuación.

En tal virtud, el Tribunal Superior Militar entró a resolver sobre la declaratoria de contraevidencia y en auto de 5 de mayo de 1971 confirmó el del presidente del consejo verbal que la declaraba.

Reunido nuevamente el consejo de guerra verbal y sometido a su consideración el cuestionario sobre la responsabilidad de De la Pava por la asociación para delinquir, lo respondió afirmativamente.

El presidente del consejo de guerra, por sentencia de 9 de agosto de 1971, aceptó ese veredicto y condenó a Epaminondas Gómez Sánchez (a. Chino Gustavo), a Fabio Sandoval Aranda y a Nelson de la Pava Sánchez (a. El Loco) a la pena principal de 16 años de presidio, cada uno, a José Alvaro Molano González (a. Viejo Rojas) a la de 17 años de presidio y a todos a las sanciones accesorias correspondientes como responsables de los delitos que se dejan mencionados (Fl. 78, Cdno. N° 3).

Apelada dicha sentencia, pasó el expediente al Tribunal Superior Militar que, por auto de 10 de diciembre de 1971, y basándose en que, por haber sido levantado el estado de sitio a virtud del decreto atrás citado, había dejado de ser competente la justicia castrense para conocer del delito de asociación para delinquir, debía pasar el asunto al Tribunal Superior de Bogotá, al cual, en efecto, ordenó remitirlo.

Esta entidad dictó, el 28 de junio del año pasado, la sentencia que es ahora materia del recurso y por la cual, como se deja dicho, reformó la del consejo verbal de guerra, reduciendo a doce años de presidio la pena principal impuesta a Epaminondas Gómez Sánchez y la adicionó en el sentido de disponer que se enviaran copias de dicha providencia tanto al Ministerio de Justicia, como al DAS y a la Registraduría Nacional del Estado Civil. En lo demás la confirmó.

Demanda de casación

Formulada dentro del término y declarada conforme a los requerimientos legales, la demanda endereza cuatro cargos a la sentencia recurrida, dos de ellos en el marco de la causal 4ª de casación, un tercero dentro de la 2ª y el último en el de la 1ª.

A continuación se resumen cada uno de ellos así:

Primer cargo

Lo hace consistir, en resumen, el demandante en que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad de rango constitucional por cuanto, a su juicio, el procesado careció de defensa técnica adecuada.

Lo explica diciendo que en el primer consejo de guerra, Nelson de la Pava fue juzgado como reo ausente y se le nombró como defensor a un oficial del ejército que, en concepto del autor de la demanda, era tan incompetente que ni siquiera apeló de la sentencia condenatoria.

En el Tribunal Superior Militar, continúa diciendo, se presentó el mismo fenómeno y por tal motivo, no se decretaron las pruebas pedidas por el propio procesado.

Tampoco tuvo defensa adecuada, agrega, en el tercer consejo de guerra, e igual desamparo se observa en los trámites ante el Tribunal Superior de Bogotá.

Sólo tuvo, termina diciendo, remedos de defensores pues como tales considera los militares que representaron a De la Pava ante los consejos de guerra y agrega que cosa igual ocurrió cuando designó como defensor a un profesional del derecho.

Con fundamento en doctrinas de la Corte, que cita en lo pertinente, pide que se case la sentencia por la causal alegada.

Segundo cargo

También, como se ha dicho, fue formulado en el ámbito de la causal 4ª de casación.

Pero esta vez la nulidad que alega es de índole procesal y la hace consistir en que, cuando el Tribunal Superior de Bogotá pronunció la sentencia que es materia del re-

curso el país se hallaba de nuevo en estado de sitio, y, por virtud de lo dispuesto en el Decreto 254 de 1971 le correspondía a la justicia militar el conocimiento, entre otros delitos, del de asociación para delinquir y conexos, a partir del 26 de febrero del año citado y sin que haya lugar a distinguir, como se hizo en decreto de un estado de sitio anterior, entre los ilícitos cometidos con anterioridad y los llevados a cabo con posterioridad a dicha normación, ya que, como el que se deja citado no contiene especificación ninguna al respecto, debe entenderse que abarca tanto los que se cometieron antes como los que tuvieron lugar después de su vigencia.

Tercer cargo

Lo formula la demanda dándole, también, el carácter de subsidiario pero ubicándolo en el ámbito de la causal 2ª por pretendida contradicción entre el cargo hecho al recurrente, el interrogatorio a los vocales y la sentencia ya que, afirma, en la resolución por medio de la cual se convocó el consejo de guerra verbal se dijo que se juzgaría a los procesados por el delito de robo y en los cuestionarios se preguntó por una contravención, consistente en el uso, en el vehículo por ellos utilizado, e placas distintas a las autorizadas.

Cuarto cargo

También planteado como subsidiario, se le coloca en el ámbito de la causal 1ª de casación.

Dice, sobre este particular, el demandante, que la sentencia violó directamente los artículos 3º del Decreto 2525 de 1963, 362 del Código Penal, 2º de la Ley 4ª de 1943 y 16 del mencionado ordenamiento.

Hace consistir la violación de tales normas en que las resoluciones por medio de las cuales fueron convocados los consejos verbales de guerra sólo hablan de un modo genérico, sobre los delitos de asociación para delinquir, homicidio, homicidio imperfecto, robo, robo en la modalidad de tentativa, y lesiones personales, pero sin mencionar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevaron a cabo esos ilícitos y además, que en la sentencia

recurrida no se expresan los fundamentos jurídicos que sirvieron para calificar los hechos que se estimaron probados ni los que sirvieron de base a las imputaciones hechas a los procesados.

Hace luego hincapié en que no se estructuran en los autos ni el delito de asociación para delinquir por cuanto no se establecieron la permanencia de la unión de personas ni el propósito de cometer un número indeterminado de delitos, ni tampoco el de robo porque no se probó que se hubiera empleado violencia contra las personas o las cosas para apoderarse de un bien ajeno, ni tampoco se demostró la existencia de la complicidad correlativa, modalidad que se atribuye al delito de homicidio juzgado en los autos.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado Penal, luego de hacer un resumen de los hechos y del proceso, analiza el cargo segundo formulado por el demandante a la sentencia, para manifestarse de acuerdo con él y solicitar que aquélla sea casada porque considera también que se la dictó en un juicio viciado de nulidad por incompetencia del Juez, ya que, según el Ministerio Público, no era al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sino al Superior Militar a quien correspondía pronunciarla por cuanto el conocimiento del delito de asociación para delinquir y de los cometidos en conexión con él corresponde a la justicia castrense por haberlo ordenado así el Decreto 254 de 1971, que, dice el Procurador Delegado, no ha sido modificado posteriormente para establecer, como se hizo en otro estado de sitio, que la justicia en mención sólo conocería de los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia del estatuto que le atribuía tal competencia.

Consideraciones de la Corte

Pasa la Sala a examinar los cargos hechos a la sentencia, tomándolos en el orden que los enuncia el demandante, ya que éste, ciñéndose a la lógica del recurso, propone primero los "in procedendo" y después el que basa en el aspecto sustancial, esto es, el cargo por los que él estima errores de fondo, o "in judicando".

Cargo primero

Lo divide en dos secciones, ya que ambas acusaciones están basadas en la causal 4ª de casación, esto es, por considerar al demandante que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad.

Sección primera

Estima la demanda que se incurrió, en el presente proceso, en nulidad suprallegal por violación del artículo 26 de la Carta, que hace consistir en la falta de defensa técnica adecuada para el procesado De la Pava Sánchez.

Alude el memorialista al hecho de que se hubiera designado como defensores de éste a oficiales de las Fuerzas Armadas, a quienes califica de "remedos de defensores", para que intervinieran en su favor durante los consejos de guerra verbales y explica la falta de conocimiento de aquéllos, en materias penales, diciendo que han sido preparados para la carrera de las armas. No para la abogacía ni la judicatura.

Examinando el cargo, se encuentra, en primer término, que los defensores de los procesados se designaron de acuerdo con las normas pertinentes (Art. 572 y concordantes del Código de Justicia Penal Militar) según las cuales, se elabora una lista de oficiales entre los que los procesados deben escoger a quien ha de defenderlos.

Eso fue lo que se hizo en el caso de autos por lo que no se justifica el cargo que sobre la designación de personal militar para la defensa se ha hecho a la sentencia recurrida.

De otro lado se tiene, al revisar las actas de los consejos de guerra, que los defensores así designados, cumplieron con su deber, dentro de sus posibilidades, alegando en favor de su defendido en forma adecuada.

Además, no es cierto que se hubiera dejado de examinar por los superiores las providencias dictadas en contra del procesado, como lo sugiere la demanda al decir que uno de tales defensores ni interpuso apelación contra la sentencia condenatoria proferida en contra de su defendido.

Porque lo cierto es que los respectivos superiores jerárquicos conocieron de tales

providencias y las examinaron con amplitud dentro del accidentado curso de este proceso.

No se advierte, por lo tanto, que se hubiera vulnerado la garantía de defensa del recurrente ni ninguno otro de sus derechos, razón por la cual no puede prosperar el cargo que se examina.

Sección segunda

Dentro de este mismo cargo, el demandante acusa a la sentencia de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, no ya de carácter constitucional, como en el caso anterior sino de aspecto procesal, por haberse dictado, según él, por quien no era competente para hacerlo.

Sobre este particular alega, como ya se dijo, que es a la justicia penal militar y no a la ordinaria a quien corresponde proferir sentencia de segunda instancia en el presente proceso, por cuanto el Decreto 254 de 1971 atribuyó el conocimiento del delito de asociación para delinquir y de los conexos a los jueces castrenses.

Para desechar este cargo basta advertir que el Decreto legislativo 271 de 3 de marzo del año que se acaba de mencionar, aclaró el 254 de ese mismo año, en la siguiente forma:

"Artículo 1º Aclárase el Decreto legislativo 254 de 1971 en el sentido de que la justicia penal militar conocerá de los procesos por los delitos allí contemplados que se cometan durante su vigencia".

O sea, a "contrario sensu", que de los cometidos con anterioridad a dicha vigencia, o sea al 27 de febrero de 1971, seguía conociendo la justicia ordinaria.

Que es lo que ha ocurrido en el presente proceso por haber sido cometidos con anterioridad a la fecha que se deja últimamente mencionada, los delitos que en él se juzgan.

No prospera el cargo.

Cargo segundo

Lo apoya el demandante en la causal 2ª de casación por cuanto considera que la sentencia no está en concordancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

Argumenta diciendo que en la Resolución 085 de 10 de diciembre de 1968 por medio de la cual se convocó al consejo de guerra verbal y que equivale al auto de proceder en los procesos que se adelantan conforme a las normas que, para tales actuaciones contiene el Código de Justicia Penal Militar, se acusó a los procesados por diversos delitos entre ellos el de robo pero en uno de los cuestionarios, se incluyó una contravención porque se interrogó a los vocales por la consistente en "usar placa distinta a la autorizada en vehículo automotor".

Examinado el cuestionario en cuestión, se encuentra que fue redactado de la siguiente manera (Fl. 308, Cdno. N° 2):

"El acusado presente, particular Epaminondas Gómez Sánchez, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, es responsable, sí o no, de haberse encontrado en su poder la camioneta marca Chevrolet, modelo 1956, color verde claro, a la cual se le cambiaron las placas para dificultar su identificación, vehículo de propiedad del señor José Caicedo Echeverría, sin que pudiera explicar su conducta, según hechos ocurridos a las seis de la tarde del día tres de diciembre de mil novecientos sesenta y seis, dentro de la jurisdicción de la ciudad de Bogotá?"

Como es fácil verlo por el examen del cuestionario transcrito, en ningún momento se preguntó a los vocales por una contravención sino que el núcleo del cuestionario consistió en interrogarlos sobre el hecho de haberse encontrado en poder de uno de los procesados un vehículo automotor de propiedad de otra persona, esto es, se les preguntó por un hecho que podía configurar el delito de robo, dados los elementos de juicio que obraban en los autos.

No se advierte, en consecuencia, la desarmonía de que habla el demandante entre la acusación hecha a un procesado y el cuestionario respectivo y, por tal motivo, el cargo tiene que ser rechazado.

Tercer cargo

Dice el demandante en esta parte de su escrito, que la sentencia debe casarse "según lo establecido en el ordinal 1° del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal".

Considera violados, directamente, los artículos 3° del Decreto 2525 de 1963, 2° de la Ley 4ª de 1943, 362 y 385 del Código Penal porque, en su concepto, no existen en los autos pruebas que permitan considerar establecidos los delitos de asociación para delinquir, robo y homicidio, ni la modalidad de éste consistente en la complicidad correlativa.

A guisa de fundamentación hace un breve análisis de los elementos que, en teoría, estructuran tales ilícitos y el aspecto de la responsabilidad mencionado en último término.

Respecto a este cargo hay que decir, en primer término, que no se ha formulado aplicando la técnica que requiere la causal 1ª de casación.

En efecto, el demandante, como se deja dicho invoca el numeral 1° del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y dice que debe casarse la sentencia por violación directa de las normas que se dejan mencionadas.

Pero niega que los hechos ocurrieran en la forma como los considera establecidos la sentencia y dice, como se acaba de expresar, que las pruebas que obran en el proceso no sirven para demostrar la existencia de los elementos estructurales de las infracciones por las cuales fueron condenados su poderdante y los demás procesados.

Ahora bien, es fundamental en la técnica de la causal de casación invocada, que quien alega infracción directa de la ley, acepte los hechos en que se funda la sentencia, y se limite a debatir su significación en derecho.

La negación de los hechos es propia, no del aparte primero de la mencionada causal, sino del segundo que es la vía adecuada para que la demanda tache de erróneas las conclusiones fácticas de la providencia acusada, bien por equivocación en la apreciación de las pruebas (error de derecho) o por haber considerado en la sentencia como existente una prueba que no aparecía en el proceso, o a la inversa, haber dejado de apreciar una que sí obraba en él (error de hecho).

De otro lado, el debate sobre las pruebas que sirvieron de base al juzgador para condenar, no es procedente cuando se trata de

procesos en que han intervenido el jurado o los vocales del consejo de guerra.

Tanto los unos como los otros tienen amplias facultades para apreciar las pruebas y su arbitrio no está limitado sino por la evidencia contraria a su veredicto.

Pero aun en este caso, no es a la Corte a la que le corresponde declarar que las respuestas de unos y otros son contrarias a la evidencia de los hechos, pues esa facultad ha sido conferida, de modo privativo, a los juzgadores de instancia. Y por eso, es allí donde debe pedirse lo que ahora solicita el demandante a la Corte, que, por la razón expuesta, no puede acceder a casar, por este aspecto, la sentencia recurrida.

De todo lo anterior se concluye que no prospera el cargo y que, por lo tanto, debe ser rechazado.

Basta lo expuesto para que la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, deseche el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que se deja citada en la parte motiva de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD POR VIOLACION DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

El artículo 26 de la Constitución Nacional, como lo ha sostenido la Corte, consagra un complejo doctrinario integrado por distintas previsiones que no siempre tuvieron igual desenvolvimiento histórico, si bien se presentan ahora en estrecha unión para instituir las llamadas “garantías procesales”, que, con las garantías penales del artículo 28, preservan situaciones absolutamente necesarias para seguridad de la persona humana.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., treinta de agosto de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Cumplida la tramitación correspondiente, procede la Corte a decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Sexto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá contra la sentencia de fecha 27 de julio de 1972 proferida por dicha Corporación, mediante la cual confirmó la de primera instancia dictada por el Juzgado Sexto Superior de esta ciudad, que impuso “a Elvia Aponte Reinoso la pena principal de cuatro años y cuatro meses de presidio ‘como responsable de los delitos de homicidio y hurto en la persona y bienes del doctor Antonio María Cardona Hernández’ y ‘a Leticia Rodríguez Camacho’ la pena principal de seis meses de prisión, como responsable del delito de hurto en bienes del aludido profesional”, habiendo absuelto a esta última por el de homicidio en el mismo doctor Cardona.

Hechos

En el auto de vocación a juicio son presentados así:

“Pasadas las once y media de la noche del 12 de octubre de 1968, el doctor Antonio María Cardona Hernández, luego de haber ingerido licores en compañía de varios amigos en el Café Titanic, situado en la Avenida Jiménez con carreras 5ª y 6ª de esta ciudad, se dirigió hacia su residencia. En la calle 12 con Avenida Caracas entabló conversación con Elvia Aponte Reinoso y Leticia Rodríguez Camacho, muierzuelas dedicadas a la prostitución. Posteriormente en compañía de ellas se trasladó a su apartamento, ubicado en el cuarto piso del inmueble número 14-28 de la carrera 15-A. Allí charlaron, comieron sardinas e ingirieron bastante aguardiente, incluso Cardona exhibió un revólver, luego de lo cual convino con Leticia Rodríguez Camacho en realizar actos sexuales, mientras la Aponte Reinoso esperaba en habitación contigua, lo que fue aprovechado por ésta para coger el revólver. Cardona al darse cuenta del caso, se paró a recuperar su arma, siendo eliminado de cuatro disparos que le hizo la Aponte. Seguidamente las referidas mujeres tomaron el revólver y dos discos de larga duración, cerraron la puerta del apartamento y emprendieron la huida. El cadáver fue encontrado el día 20 del mismo mes por el señor Comisario de Policía Judicial de Occidente, Segundo Turno, quien en compañía de miembros del F-2, DAS y Bomberos allanó la residencia, a solicitud del señor Bernardo Ospina, pariente de Cardona, el cual notó su desaparición y ob-

servó que las bombillas de luz del apartamento estaban prendidas día y noche". (Fl. 330).

Actuación procesal

Las primeras diligencias investigativas las practicó la Comisaría de Policía Judicial de Occidente —Segundo Turno— y el Juzgado 24 Penal Municipal dictó el auto cabeza de proceso (Fl. 5). Se recaudaron numerosas pruebas, fueron oídas en indagatoria Zoila Cortés, Leticia Rodríguez Camacho y Elvia Aponte Reinoso. El 8 de noviembre de 1968 el Juzgado instructor decretó la detención preventiva de la Cortés (Fls. 132 ss), providencia que fue revocada por auto de 23 de los mismos mes y año, mediante el cual también se decretó la detención de la Aponte Reinoso y la Rodríguez Camacho (Fls. 233 ss). Cerrada la investigación (Fl. 314), el Juzgado Sexto Superior por auto de 10 de julio de 1969 abrió causa criminal contra las dos últimas por los delitos de homicidio en el doctor Antonio María Cardona Hernández, la segunda como cómplice no necesario y de hurto en bienes de su propiedad y sobreescribió definitivamente a favor de Zoila Cortés por los cargos que le fueron formulados (Fls. 330 ss.). Se abrió el juicio a prueba (Fl. 371), pero en esta etapa no se practicó ninguna. En acatamiento a lo dispuesto en auto anterior (Fl. 387), se llevó a término sorteo de jurados (Fl. 389, Cfr. 394, 396). El 10 de junio de 1970, según lo ordenado (Fl. 408), se inició la audiencia pública, la cual se prolongó durante varias sesiones y culminó con los siguientes veredictos: Por el delito de hurto: "Sí es responsable" para cada una de las dos procesadas y, por el de homicidio: para Elvia Aponte: "Sí es responsable de homicidio sin intención de matar" y para Leticia Rodríguez Camacho: "No es responsable de haber cooperado en el homicidio, pero sí incurrió en el delito de encubrimiento del mismo" (Fls. 462 ss.). Por sentencia de 16 de septiembre de 1970 el Juzgado condenó a la Aponte Reinoso a la pena principal de 4 años y 6 meses de presidio como responsable de los delitos de homicidio y hurto, a la Rodríguez Camacho a la de 6 meses de prisión como responsable del de hur-

to, la absolvió por el de homicidio, le concedió la libertad provisional bajo caución y tanto a una como a otra las condenó a las accesorias de rigor (Fls. 466 ss.).

Subido el proceso en consulta, el Tribunal dispuso: revocar la sentencia materia de aquélla, acoger los veredictos emitidos por el delito de hurto para las dos acusadas y el referente a la responsabilidad de la Rodríguez Camacho por homicidio; declarar contraevidente el veredicto que para homicidio fue proferido en relación con la Aponte Reinoso y, finalmente, suspender la causa mientras otro jurado decide acerca de la responsabilidad de la última por el homicidio (Cuaderno N° 2, Fls. 12 ss.). En desarrollo de lo anterior, se sorteó nuevo tribunal popular (Id. Fls. 41, 42, 51, 53) y se celebró durante varias sesiones, con algunas incidencias a las cuales adelante se habrá de hacer referencia, la audiencia pública (Fls. 55, 61 ss.). A la cuestión única propuesta al jurado para que decidiera acerca de la responsabilidad penal de Elvia Aponte Reinoso por el delito de homicidio en Antonio María Cardona Hernández, aquél respondió por unanimidad: "Sí es responsable del homicidio, sin intención de matar" (Fl. 104). Luego se produjo la nueva sentencia de primera instancia por medio de la cual la Aponte Reinoso fue condenada a la pena principal de 4 años y 4 meses de presidio por los delitos de homicidio y hurto; la Rodríguez Camacho a la de 6 meses de prisión como responsable del delito de hurto; se la absolvió por el de homicidio y las dos fueron condenadas a las accesorias correspondientes (Fls. 105 ss.). El Tribunal por su providencia de 27 de julio de 1972, al conocer de estas diligencias por vía de consulta, apartándose del concepto de su Fiscal Sexto colaborador quien le solicitaba la declaratoria de una nulidad, confirmó en todas sus partes la de primer grado (Cuaderno N° 5, Fls. 10 ss.). Oportunamente se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

La demanda

Luego de hacer un recuento de los hechos y de algunas incidencias que ocurrieron "dentro del 'segundo juzgamiento',"

aduce como causal de casación la 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que la sentencia se ha dictado dentro de un juicio viciado de nulidad por violación del artículo 26 de la Carta.

Para fundamentarla primeramente transcribe los siguientes pasajes de un auto proferido el 16 de febrero de 1972 por el Tribunal Superior, que le sirve para desarrollar su argumentación impugnatoria:

"... En la segunda sesión de la audiencia pública, que con intervención de un nuevo jurado de conciencia, se adelantaba en la causa seguida contra Elvia Aponte Reinoso, sindicada de homicidio, diligencia que se surtía en el Juzgado Sexto Superior de esta ciudad, el veintiuno de octubre del año anterior, el señor Fiscal de dicho Juzgado dejó la siguiente constancia: 'La Fiscalía deja constancia para que obre en autos de lo siguiente: 1º Al iniciarse la vista pública dentro de la causa seguida contra Elvia Aponte Reinoso, por el delito de homicidio en la persona del doctor Antonio María Cardóna Hernández, en esta segunda audiencia, en la sesión anterior, en una de las oportunidades de suspensión de la misma, la Fiscalía encontró que en el salón contiguo al de la audiencia, dos de los señores jurados de conciencia charlaban con el señor defensor y el suscrito fiscal pudo captar que se aludía a la causa que se estaba ventilando ya que una de las frases escuchadas a uno de los jurados fue la de que se veía la conveniencia de que el caso hubiera sido sometido a segundo jurado. 2º Ayer cuando el suscrito fiscal transitaba por una de las calles de la ciudad, carrera 7ª con avenida Jiménez de Quesada, frente al edificio de 'El Tiempo', se encontró con uno de los señores jurados de conciencia y al llamarme la atención nos saludamos con toda gentileza, quizá sin comprender bien la alta misión que cumple en esta vista pública y quizá del juramento prestado al iniciarse la presente vista pública, sin más me comentó que el caso era difícil, obteniendo como respuesta del suscrito, la de que esperaba que se hiciera justicia y sin más nos despedimos porque se estaba tratando de paso de lo

que prohíbe el Código de Procedimiento Penal, de que se intercambien ideas sobre la materia del debate durante las suspensiones de la audiencia pública en la cual los jurados intervienen como tales. Así las cosas la Fiscalía deduce que existe una predisposición dentro de los señores jurados de conciencia que obran como tales en la presente vista pública, y por ende, comedidamente solicito al señor Juez la suspensión de la presente vista, mientras se considera lo procedente respecto del jurado de conciencia que integra la vista pública'. ... El señor Fiscal a solicitud del señor Presidente de la audiencia identificó como a uno de los jurados, a que hizo mención en el punto 1º de su constancia al señor Armando Martínez, diciendo que no estaba en condiciones de indicar al segundo; en lo que respecta al punto segundo, señaló al señor Josué Barrero como el que le la (sic) alusión indicada frente al edificio de 'El Tiempo'. ... Acto seguido el señor Juez le recibió juramento al señor fiscal y bajo tal gravedad prometió haber dicho la verdad en sus afirmaciones según consta en la respectiva acta de audiencia. ... El señor defensor en el curso de la audiencia desmintió los cargos del señor Agente del Ministerio Público, afirmando que lo que el señor Fiscal ha querido es 'predisponer a los señores jueces de conciencia tratando de amedrantarlos de lo que en ningún momento dijeron' y añade 'sobre la causa jamás hablé con los señores jurados'. ... Por medio de oficio número 041 del 22 de octubre de 1971 el señor Fiscal hace las siguientes aclaraciones a su constancia acusatoria: 'a) Que los actos de los jurados que fueron primeramente denunciados, tuvieron ocurrencia durante un receso subsiguiente al interrogatorio a que fuera sometida la procesada Aponte Reinoso en la primera sesión de la vista pública, o sea el catorce de los cursantes y dentro del salón contiguo a aquel en que se celebraba la audiencia; b) Que en la conversación aludida entre los jurados y el defensor y antes de la frase citada por la Fiscalía se hablaba de las formas de los disparos; c) Que la constancia que comprende actos sucedidos durante la primera

sesión de la audiencia y que se complementó con el hecho aludido en la última parte y sucedido el veinte de este mes no aparece al momento de iniciarse la segunda sesión ya que el suscrito apenas pudo hacerse presente una vez iniciada ya y en momentos en que el señor defensor aludía a que la fiscalía no había hecho cosa distinta a falsear la verdad. Y en momentos en que el señor defensor era rodeado de camarógrafos y reporteros'. . . Adiciones: a) Que en el sentir de la Fiscalía la actuación de los señores jurados es violatoria de la prohibición contenida en el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal; b) Que dadas las circunstancias que rodean los actos denunciados y las que rodean a la constancia juramentada, la fiscalía considera que es el caso de proceder a un nuevo sorteo de jurados, el que ha de ser parcial, con el fin de reemplazar a los tres, sub judice, que obran como tales dentro de la vista pública referida. Lo anterior con fundamento en las amplias facultades que la ley otorga al señor Juez en la última parte del artículo 544 del Código de Procedimiento Penal". . . Antes de que el Juzgado hiciera algún pronunciamiento en relación con la petición de la designación del nuevo Jurado, más claramente el veintiséis de octubre del año pasado, el Juzgado a quo, ordenó lo siguiente: "... Por la Secretaría del Juzgado compúlsense copias de lo pertinente y envíense a los señores Jueces de Circuito en lo Penal (Reparto), para que el funcionario a quien corresponda, se sirva decidir lo que sea del caso, en relación con los hechos denunciados por el señor Fiscal de este Juzgado'. . . En el auto que resolvió sobre la constancia acusatoria y su consiguiente ampliación, el juzgado empieza manifestando que se ordenó la expedición de copias para que los jueces competentes entraran a resolver lo que fuera del caso, y prosigue: "... los hechos denunciados por el señor Fiscal no aportan suficientes elementos de juicio, que permitan deducir al juzgador de derecho, en este momento, que los señores Jurados que han actuado en esta causa pueden tener motivos que perturben la imparcialidad de su conciencia'. . . Afirma luego que el auto que el señor Fiscal, no denunció la informalidad anotada en la constancia si-

no después de que había finalizado una sesión, en la cual hizo uso de la palabra sin que se refiriera a tal hecho, y añade: "... Ello indica, al menos en principio, que tampoco el señor Fiscal encontró razones, por entonces, para precisar a los señores miembros del jurado, con base en que no estaba garantizada su imparcialidad. Quizá el diálogo callejero ocurrido el veinte, con otro de los miembros del tribunal popular, llevó al Agente del Ministerio Público a tomar la determinación ya conocida. "... Resumiendo, tenemos: El señor Fiscal del Juzgado Superior acudió formalmente a los miembros del jurado de conciencia, por informalidades que pueden constituir una infracción a la ley penal. Consecuente con los cargos pidió el cambio de los miembros del Juri. El Juzgado ordenó que fueran compulsadas copias de lo pertinente para que el Juez competente resolviera si era o no el caso de abrir la investigación penal, y negó la petición del señor Agente del Ministerio Público, en relación con el cambio total del jurado. Finalmente el señor Fiscal que colabora en esta instancia, en su vista de ley, se muestra partidario de que se declare una nulidad, a partir del auto que dispuso el sorteo de los jurados, a fin de que se integre un nuevo tribunal del pueblo y se repita la vista pública" (Cuaderno de la Corte. Fls. 6 ss.).

Y, expone: Es imperativo legal que cuando interviene el jurado deben cumplirse todas las obligaciones que la ley señala para garantizar su serena e imparcial decisión (C. de P. P., Arts. 526 y ss., 536, 544 ss., 560 s.). De las expresiones oídas por el Fiscal a dos jurados distintos en dos oportunidades distintas deduce que ello los desagrado e incomodó y permite apreciar que su veredicto fue parcial. Cuando los jurados desconocen las normas que les son pertinentes, desconocen las formas propias del juicio, que sustituyen por su personal capricho. Los artículos 544 y 561 fueron violados por ellos con perjuicio de la administración de justicia. De acuerdo con las conversaciones de dos jurados, éstos tenían interés en el proceso, luego no podían desempeñar tal cargo según el artículo 529 y han debido ser reemplazados por otros que no se hallaran en tal situación. La par-

te final del 544 hubiera permitido remediar lo que estaba ocurriendo y ahora puede aplicarse para obtenerlo en la casación. Los incidentes graves protagonizados por los jueces populares, ilegalmente viciaron su serenidad de ánimo y su imparcialidad. Insiste sobre lo anterior y critica aquel cambio de ideas durante los recesos. Dice que desde el momento en que el Fiscal los acusó, quedaron signados como presuntos prevaricadores, por lo cual repugna que hubieran juzgado a la acusada y su veredicción no puede pretenderse que sea respetada ahora. La conciencia de los jurados se vio perturbada por las revelaciones del Fiscal y por la orden del juez de investigar el posible prevaricato. A continuación el demandante entra a formular algunas consideraciones en torno a la sentencia recurrida, en cuanto no aceptó la declaratoria de nulidad que por los motivos anteriores le fuera pedida. Como la violación de los deberes legales por parte del jurado es impropia de las nulidades legales, su remedio debe encontrarse en las constitucionales. Luego la sentencia de segunda instancia se produjo "en un proceso viciado de nulidad constitucional, la cual se presentó con motivo de haber permitido que los jurados de conciencia elegidos para el "segundo juzgamiento", realizaran su función, habiendo violado y desconocido previamente lo dispuesto por los artículos 544 y 561 del Código de rito". Finaliza su demanda con un capítulo denominado "Disposiciones violadas", y en él manifiesta que las que lo han sido por el sentenciador de segunda instancia son los artículos 561 del Código de Procedimiento Penal, que prohíbe a los miembros del jurado comunicarse con nadie "mientras se hallen cumpliendo su encargo"; última parte del 544 ya que en uso de ella ha debido velar porque no hubiera motivos que perturbaran la conciencia del jurado y el 26 de la Constitución puesto que dentro de este expediente no se observaron las formalidades propias del juzgamiento a partir de la intervención del juri y por la violación de las normas procedimentales ya dichas.

Concepto del Procurador

Al descorrer el traslado de rigor el Procurador manifiesta que se abstiene de ha-

cer uso de la facultad que le otorga el artículo 3º del Decreto 1154 de 1954 pues una vez estudiados el expediente y la demanda, no pudiendo compartir los "planeamientos esbozados para acusar el fallo, mal podría el Despacho entrar a controvertirlos, con lo cual se rompería la unidad del Ministerio Público quedando como parte recurrente y no recurrente al mismo tiempo, lo que nadie puede negar es un contrasentido".

Se responde el cargo

"El artículo 26 de la Constitución Nacional —como lo ha sostenido esta Corporación— consagra un complejo doctrinario integrado por distintas previsiones que no siempre tuvieron igual desenvolvimiento histórico, si bien se presentan ahora en estrecha unión para instituir las llamadas garantías procesales, que, completadas con las garantías penales del artículo 28, preservan situaciones absolutamente necesarias para la seguridad de la persona humana".

De acuerdo con constancias que han sido transcritas y reseñadas al presentar la síntesis de la demanda, ya bien avanzada la segunda sesión de la audiencia pública que se verificó el 21 de octubre de 1971 e inmediatamente a continuación de un fuerte diálogo habido entre fiscal y defensor, aquél resolvió poner en conocimiento de la audiencia la constancia anteriormente transcrita, cuyo primer punto hace relación a una conversación entre dos jurados y el defensor que tuvo lugar 7 días antes durante un receso de la primera sesión y la brevísima charla seguida al saludo de rigor que otro jurado tuvo con el mismo Fiscal en la esquina de la carrera 7ª con Avenida Jiménez de esta ciudad. De lo que el Agente del Ministerio Público cantó "en el salón contiguo al de la audiencia" y de las palabras de la víspera de la información, seguido ello de su ratificación bajo juramento y de la orden de expedición de copias con destino al Juzgado de Circuito Penal (reparto) "para que el funcionario a quien corresponda, se sirva decidir lo que sea del caso en relación con los hechos denunciados por el señor Fiscal de este Juzgado", concluye el representante de la so-

ciudad que se violó la serenidad del jurado, se afectó su imparcialidad y bajo tal estado anímico, produjo el veredicto, con lo cual se incurre en la nulidad de orden constitucional en referencia.

Según las probanzas los hechos escuetos y las palabras, con sus circunstancias de tiempo y lugar, fueron los siguientes: 1. En un receso de la primera sesión, "la Fiscalía encontró que en el salón contiguo al de la audiencia dos de los señores jurados de conciencia charlaban con el señor defensor y el suscrito Fiscal pudo captar que se aludía a la causa que se está ventilando, ya que una de las frases escuchadas a uno de los jurados fue la de que se veía la conveniencia de que el caso hubiera sido sometido a segundo jurado... en la conversación aludida y antes de la frase citada por la Fiscalía se hablaba de la forma de los disparos" —agregó después—. El defensor negó enfática y públicamente la anterior aseveración. 2. En vísperas de iniciarse la segunda sesión de la audiencia, en la carrera 7ª con Avenida Jiménez, el Fiscal "se encontró con uno de los señores jurados de conciencia y al llamarme la atención nos saludamos con toda gentileza, quizás sin comprender bien la alta misión que cumple en esta vista pública y quizá del juramento prestado al iniciarse la presente vista pública, sin más me comentó que el caso era difícil, obteniendo como respuesta del suscrito, la de que esperaba que se hiciera justicia, y sin más nos despedimos porque se estaba tratando de paso de lo que prohíbe el Código de Procedimiento Penal". Sobre esto último no presentó aclaración posterior.

No es el caso de entrar a discutir las afirmaciones del Ministerio Público. Pero de las palabras que el mismo funcionario cita, no puede concluirse de manera absolutamente cierta que los miembros del jurado que las pronunciaron estuvieran parcializados en pro o en contra de ninguna tesis ni de la procesada. Precisamente al manifestar que el caso era difícil, lo que estaban poniendo de presente era la trascendencia que a él le daban, el celoso cuidado que les merecía, la profunda preocupación por acertar en su solución. Porque en ninguna parte afirma el Fiscal que a

aquel calificativo de "difícil" le hubieran agregado, por ejemplo, "para absolver", o "para condenar", lo cual tal vez hubiera implicado la manifestación de un posible prejuzgamiento, aun cuando tampoco sería exactamente cierto el deducirlo de sólo esta última expresión que, se repite, nunca fue pronunciada. De otra parte, por ninguna aparece establecido que aquellas naturales incidencias hubieran influido en el ánimo de los jurados para moverlos a proferir veredicto en uno u otro sentido, es decir, para emitir el que emitieron. De manera que no estando clara y debidamente establecido cuál fuera la verdadera conversación desarrollada entre dos jurados y un defensor en el propio salón del Juzgado, presentándose apenas algunas conjeturas sobre las pocas palabras que pudieron ser captadas por el Fiscal, careciendo de trascendencia la rápida entrevista de la carrera 7ª con Avenida Jiménez, no puede afirmarse sobre argumento grave y sólido que ello hubiera parcializado el ánimo de los jurados ni que les hubiera llevado a proferir un veredicto ensombrecido por tal mancha. La anterior conclusión toma mayor fuerza si se considera: el sitio en donde se dice tuvo lugar la primera charla: recinto del Juzgado, durante un receso y, uno de los protagonistas de la segunda: el propio agente del Ministerio Público y, finalmente, cabe tener en cuenta que ni siquiera éste mismo le dio en principio trascendencia alguna al hecho primero que sería el más importante, cuando dejó pasar 7 días para ponerlo en conocimiento de la autoridad y esto, a raíz de un duro altercado con el abogado defensor. Además, el Fiscal no recurrió la providencia que fue dictada a continuación, acogiendo el veredicto y tomando las medidas de acuerdo con él.

Habiéndose llegado a la conclusión de que no ha sido violado el artículo 26 de la Constitución en ninguna de las garantías que consagra, el cargo no puede prosperar.

En atención a lo anterior, el recurso habrá de desecharse (C. de P. P., Art. 582) y se ordenará la devolución de estas diligencias al Tribunal de origen.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 27 de julio de 1972, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.



REVISION

Se ratifica la doctrina de 9 de diciembre de 1954 (G. J., T. LXXIX, Pág. 357) y la de 10 de febrero de 1956 (G. J., T. LXXXII, Pág. 149). "La Revisión es técnicamente una acción promovida contra la autoridad de la cosa juzgada".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto treinta (30) de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Agotado el trámite correspondiente, entra la Corte a resolver el recurso de revisión propuesto por Alfonso Sánchez Salas, en cuanto al proceso que le fue adelantado y en el cual, mediante sentencia ejecutoriada de la Brigada de Institutos Militares, le fue impuesta la pena principal de seis años y ocho meses de presidio, como responsable de los delitos de "homicidio frustrado y contra funcionarios públicos".

Hechos

En la sentencia del Tribunal Superior Militar, de 24 de noviembre de 1970, confirmatoria de la de primera instancia, se anota como resumen de lo ocurrido:

"El Comando de la Brigada de Institutos Militares ordenó la convocatoria de un consejo de guerra verbal sin investigación previa para juzgar al ciudadano Alfonso Sánchez como presunto autor de la agresión violenta contra el señor Capitán Manuel Sanmiguel Buenaventura, hecho ocurrido el día veinticinco de abril aproximadamente a las 10:45 minutos de la mañana, frente a la casa del señor General (r.) Gustavo Rojas Pinilla, mientras el citado oficial cumplía una orden superior consistente en

acompañar a la señora Ruth Blanco de Montagu hasta la residencia del General, con el objeto de obtener algunos elementos personales dejados en el mismo lugar con ocasión de sus actividades como Secretaria de la señora María Eugenia Rojas de Moreno Díaz. En cumplimiento de la misión encomendada, el Capitán Sanmiguel pretendió conjuntamente cumplir otra misión de carácter general, cual era la de aprehender físicamente a un ciudadano contra el cual existía la orden de captura o retención, y quien apareció en el lugar de los hechos abriendo la puerta de la residencia del General Rojas cuando aquél timbró para que saliera alguna persona con el fin de obtener los documentos de identificación de la señora Montagu; era el señor Mayor retirado de la Policía, Pedro Pablo Rojas Castro, con quien el Capitán Sanmiguel entró en forcejeo cuando aquél le opuso resistencia para que su retención o captura no se cumpliera. En este mismo instante hizo su aparición el ciudadano Alfonso Sánchez, quien desenfundó su revólver, lo disparó contra la persona del Capitán Sanmiguel e hizo impacto en el cuerpo de este oficial, a nivel del tercio externo y superior de la región escapular izquierda, herida que produjo una incapacidad provisional de 75 días, sin precisar la incapacidad definitiva y sus secuelas hasta el momento.

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Invoca el demandante la causal 5ª de revisión, pues, dice, se tienen hechos nuevos y nuevas pruebas, no conocidas al tiempo

de los debates, de las cuales se desprende que Alfonso Sánchez no cometió el delito de que trata el artículo 190 del Código de Justicia Penal Militar.

Anota el actor, como nuevos hechos, los que pasan a relacionarse:

"1º La componenda que planeó el doctor Gustavo Rojas Correa y la señora Ruth Blanco de Montagu para lograr sacar al Mayor Rojas Castro de la residencia del señor General en retiro Gustavo Rojas Pini-la. Esta componenda la ignoraba mi representado Alfonso Sánchez.

"2º La falsedad de la supuesta orden de captura contra el Mayor en retiro Pedro Pablo Rojas Castro.

"3º El paradigma incontrovertible de que el oficial lesionado, capitán Manuel Sanmiguel Buenaventura, no estaba en ejercicio de sus atribuciones cuando fue objeto pasivo de la herida, ni ésta se cometió por razón de las mismas funciones. Y si la lesión se produjo por otra causa distinta no se puede hablar del delito contra Funcionario Público, contemplado en el artículo 190 del Código de Justicia Penal Militar..."

Agrega que invoca igualmente como hecho nuevo "la providencia de la Sala Plena de la honorable Corte Suprema de Justicia, de fecha 4 de octubre de 1971, por la cual se declara inexecutable el numeral 6º del artículo 307 del Código de Justicia Penal Militar, que se tuvo en cuenta como fundamento para radicar la competencia para el juzgamiento y sentencia de mi poderdante, en la iusticia penal militar".

El procurador Delegado para las Fuerzas Militares, luego de un examen de las pruebas traídas dentro del recurso de revisión, estima que no son suficientes para demostrar la inocencia del condenado Alfonso Sánchez Salas, ni tienen la fuerza de indicios graves de tal inocencia y, en consecuencia, pide que se niegue la revisión solicitada.

A las razones del demandante y al concepto del Ministerio Público habrá de referirse la Corte más adelante.

Considera la Corte

Como se dejó anotado, plantea el actor la demanda sobre revisión del proceso en cuestión con fundamento en que elemen-

tos de juicio no conocidos al momento de los debates se desprende la inocencia de Alfonso Sánchez Salas en cuanto al delito de que trata el artículo 190 del Código de Justicia Penal Militar, por no haber tenido ocurrencia dicha infracción punible.

Pues bien

Tanto la demanda, como las pruebas traídas dentro del recurso de revisión, están enderezadas a probar la inexistencia del delito contra funcionarios públicos.

Es así como el actor expresa: "Con esto se establece la inocencia completa de mi representado Alfonso Sánchez, porque no obligó al capitán Sanmiguel a omitir un acto propio de sus funciones".

Y técnicamente resulta improcedente que prospere la revisión de un juicio, en el que la sentencia, ejecutoriada, se ocupa de dos infracciones penales, cuando la demanda plantea el recurso sólo respecto de una de ellas.

¿Cómo entender, jurídicamente, que en parte se mantenga el juicio y la sentencia y en otra se prescinda de los efectos de aquél y de ésta?

Recuérdese que cuando el fallo en el recurso de revisión es favorable, "la Corte ordena la revisión de la causa..." (Inc. 2º, Art. 587 C. de P. P.). Y esto resulta técnicamente impracticable, cuando, como en el caso en examen, el juicio no cabe ser revisado en lo atinente a una de las infracciones penales porque fue condenado el recurrente, pero en cambio sí debe ser revisado respecto de otro delito también tomado en cuenta en la sentencia.

Y nada solicitó el demandante en cuanto a la revisión del juzgamiento y de la sentencia condenatoria por el delito de homicidio frustrado porque también fue condenado Alfonso Sánchez Salas.

Ha dicho la Corte que "la revisión es técnicamente una acción promovida contra la autoridad de la cosa juzgada" (Autos de 9 de diciembre de 1954, G. J., T. LXXIX, Pág. 357. y de 10 de febrero de 1956, G. J., T. LXXXII, Pág. 149, entre otros). ¿Cómo, entonces, en el caso en estudio, acentar que se desconozca la cosa juzgada y caiga el juicio y la sentencia solamente en parte, como se dijo antes?

No es dable que pudiera ordenar la Corte la revisión del juicio seguido contra Sánchez Salas, desconociendo la autoridad de la cosa juzgada, apenas en cuanto al supuesto delito de ataque a funcionarios públicos y dispusiera mantener la cosa juzgada en lo que respecta al delito de homicidio frustrado.

Refuerza lo antes considerado lo que indica el artículo 590 del Código de Procedimiento Penal para referirse a las "consecuencias del fallo absolutorio" que recaiga en la causa cuya revisión se ordene: Que "el procesado será puesto en libertad, y él o sus herederos demandarán la devolución, por quien las haya percibido, de las sumas que hubiere pagado, ya como sanción, ya como perjuicios". En efecto, si se diera la posibilidad de que la revisión se concrete en uno de los varios delitos por los cuales haya sido condenado el recurrente —lo que conlleva que en cuanto a los demás la sentencia debe producir sus efectos—, ¿cómo cumplir con ese precepto del artículo 590 del Código de Procedimiento Penal, de que el procesado sea puesto en libertad y de

que se ordene la devolución por quien corresponda de lo que hubiere pagado, ya como sanción, ora como perjuicios?

Es obvio, entonces, que la falla técnica de la demanda conduce a que se deniegue la revisión propuesta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, niega la revisión del proceso de que se ha hecho mérito.

Dése cumplimiento a lo ordenado en el tercer inciso del artículo 587 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese y notifíquese.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

IRA. — REQUISITOS

Se ratifica la doctrina de noviembre 30 de 1970 y la de noviembre 6 de 1972. — La ira no constituye atenuante de la responsabilidad, sino la causa o motivo de ella, siempre y cuando se haya suscitado “por grave e injusta provocación” de la víctima.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal — Bogotá, D. E., treinta de agosto de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

Se decide el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Pablo Enrique Sánchez Guarín contra la sentencia de 7 de noviembre de 1972 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual esta Corporación, reformando la de la primera instancia del Juzgado 19 Superior, condenó a Sánchez Guarín a la pena de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, por el delito de homicidio cometido en la persona del menor José Santos Cárdenas Murillo.

Resumen del proceso

De acuerdo con los testimonios de José Elías Ramón Ramírez y Fabio Mario Vargas Bernal, apreciados como verídicos por los juzgadores de las instancias, y con otros elementos de convicción allegados al sumario, aproximadamente a la una y media de la tarde del 3 de diciembre de 1969, en los patios de la “Flota Santafé”, situados en la calle 15 número 15-83 de la ciudad de Bogotá, el celador de esa empresa Pablo Enrique Sánchez Guarín, al advertir la presencia del joven José Santos Cárdenas Murillo, quien según algunos deponentes acompañaba a un hermanito suyo mientras partía en un bus con destino a Su-

patá, le pidió que abandonara el lugar, a lo cual respondió Cárdenas Murillo “que esperara un momentico que iba a despachar a un hermano”, lo que no fue del agrado del celador, hombre exaltado y de temperamento irascible al decir del propio administrador de la Flota Santafé Gustavo Beltrán, quien le replicó que si no se salía lo sacaba y acto seguido le propinó dos cachetadas a José Santos Cárdenas, quien se agachó y trató de protegerse, dando la espalda a su agresor, quien en esas circunstancias le disparó por dos ocasiones, haciendo blanco con uno de los dos proyectiles en la región lumbar de la víctima y ocasionándole una herida que le causó la muerte instantes después.

Concluida la investigación, el Juzgado Diecinueve Superior de Bogotá, por auto de 3 de julio de 1970, llamó al procesado Pablo Enrique Sánchez Guarín a responder en juicio, con intervención de jurado, por el delito de homicidio, especificado en la parte motiva como simplemente voluntario o común.

Esa providencia fue confirmada sin ninguna enmienda por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que conoció de ella por apelación, en la suya de 9 de octubre del mismo año.

Celebrada una segunda audiencia pública, porque el veredicto del primer jurado que intervino, en el cual se declaraba la responsabilidad del acusado por “homicidio culposo”, se declaró contrario a la evidencia de los hechos, los jueces de conciencia respondieron el cuestionario sometido a su consideración, así: “Sí es responsable de homicidio, en estado de ira”.

Interpretando el nuevo veredicto como condenatorio por homicidio simple pero atenuado por la circunstancia contemplada en el artículo 28 del Código Penal, el juez del conocimiento condenó al procesado Sánchez Guarín a la pena de treinta y dos meses de presidio y a las accesorias de rigor, en fallo de 11 de julio de 1972.

Contra dicha sentencia interpuso el Fiscal del Juzgado el recurso de apelación, y el Tribunal Superior de Bogotá la reformó en la suya de 17 de noviembre de 1972, "en el sentido de que la pena a la cual se condena al procesado Pablo Enrique Sánchez Guarín, por el homicidio cometido en José Santos Cárdenas Murillo, es la de ocho (8) años de presidio, y no de treinta y dos (32) meses". También dispuso el ad quem revocar la sanción accesoria de la pérdida de la patria potestad que se había impuesto en la primera instancia al procesado, al igual que la libertad provisional que se había concedido a éste.

El fallo de segundo grado fue impugnado en casación por el defensor del sentenciado, y el recurso extraordinario fue admitido y debidamente tramitado por esta Sala de la Corte.

La demanda

El recurrente aduce contra la sentencia acusada las causales segunda y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Causal segunda

A su amparo alega el actor que la sentencia ameritada está en desacuerdo con el veredicto del jurado, pues éste reconoció en favor del procesado Sánchez Guarín la causal atenuante de la responsabilidad contemplada en el artículo 28 del Código Penal, como lo entendió el juez del conocimiento, y el Tribunal Superior de Bogotá no le dio aplicación a aquella norma.

El cargo se fundamenta, en síntesis, en las siguientes razones:

a) "La ira e intenso dolor causados por grave e injusta provocación" fueron alegados en la audiencia pública, lo que hace suponer que los jueces de conciencia aco-

gieron ese planteamiento de la defensa, para atemperar la responsabilidad del acusado;

b) A los jurados no se les puede exigir "en sus veredicciones terminología jurídica y precisa";

c) El veredicto de auto suscita la duda de si lo que quiso el jurado fue admitir la circunstancia degradante de la penalidad prevista en el artículo 28 del Código Penal, o la mera circunstancia de menor peligrosidad descrita en el artículo 38 ibídem, y esa duda ha debido resolverse en favor del procesado, acogiendo la primera hipótesis, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 26 de la Constitución Nacional y 216 del Código de Procedimiento Penal, preceptos que no tuvo en cuenta el sentenciador y que éste infringió por falta de aplicación;

d) Conocida la sentencia de segunda instancia, quienes intervinieron como jurados dirigieron al Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 28 de noviembre de 1972, un escrito en el que manifestaron: "Anexamos a nuestra veredicción inicial lo siguiente: Que Pablo Enrique Sánchez Guarín es responsable del delito de homicidio cometido en la persona de José Santos Cárdenas Murillo, pero habiendo obrado en estado de ira causado por una grave e injusta provocación".

Causal cuarta

Dice el demandante que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad, según lo dispuesto en el artículo 211, ordinal 2º, del Código de Procedimiento Penal, porque en el jurado que juzgó al procesado Sánchez Guarín intervino una persona que no aparecía en la lista correspondiente.

La sustentación del cargo puede compendiarse así:

a) En la lista de jurados elaborada por el Tribunal Superior de Bogotá para el Juzgado Diecinueve Superior de este Distrito y correspondiente al año de 1972 figuraba, con el número 145, el señor Andrés Calderón Carrizosa, quien resultó sorteado el 16 de mayo de aquel año para integrar el jurado que debía intervenir en el presente caso;

b) La notificación de tal acto se hizo al señor Andrés Calderón Carranza, quien no advirtió la diferencia en el segundo apellido y fue quien actuó como miembro del jurado en la audiencia celebrada para juzgar al acusado, tal como se demuestra en declaración extrajuicio rendida por aquél;

c) El señor Andrés Calderón Carranza no figuraba en la lista de jurados del Juzgado de primera instancia, correspondiente al año de 1972, en la que sí se hallaba el señor Andrés Calderón Carrizosa, de acuerdo con certificación expedida por aquel despacho y que fue allegada al expediente;

d) Como en el jurado que decidió el caso intervino una persona que no reunía los requisitos legales, por el motivo apuntado, se incurrió en la nulidad consagrada en el numeral 2º del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, y se violaron los artículos 26 de la Constitución Política, porque no se observaron todas las formas propias del juicio, y 519 a 565 del Código de Procedimiento Penal, "porque en base en tener o tomar como jurado de conciencia al señor Andrés Calderón Carranza, se ha realizado toda una serie de acciones encaminadas a determinar la responsabilidad de quien represento, sin tener cualidades para ello el señor antes mencionado o aun teniéndolas, él, como tantas veces lo he dicho, no fue elegido legalmente para desempeñar la función que desempeñó".

El señor defensor pone fin a la demanda diciendo:

"Por todo lo consignado anteriormente, señores Magistrados de la Sala Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia, creo que existen motivos suficientes para, o bien, como al comienzo de la presente demanda manifesté a ustedes, reformar la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, en el aspecto del aumento de la pena al señor Pablo Enrique Sánchez Guarín, o bien, decretar la nulidad de lo actuado a partir del sorteo o de la intervención del señor Andrés Calderón Carranza, en un cargo para el cual no había sido escogido".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado Penal hace notar que los cargos no fueron propuestos en orden lógico, pues se ha debido invocar en primer término la causal cuarta, por versar sobre un vicio de forma que, de prosperar, haría superfluo el examen del otro motivo de impugnación postulado, y se refiere luego a las censuras contenidas en la demanda para concluir que carecen de razón y que el recurso debe ser desechado.

En cuanto a la pretendida nulidad invocada en la demanda, la que estudia en primer lugar el colaborador, hace éste el recuento de lo ocurrido y expresa:

"Con apoyo en estos hechos considera esta Procuraduría Delegada que el cargo carece de fundamento porque no está probado:

"Primero. Que Andrés Calderón Carrizosa y Andrés Calderón Carranza sean dos personas distintas.

"Segundo. Que quien figuraba en la lista de jurados era Calderón Carrizosa y no Calderón Carranza, siempre sobre la base de ser personas plenamente identificadas y diferentes.

"Tercero. Que con fundamento en los dos supuestos anteriores, por coincidencia verdaderamente sorprendente los dos habitaban el mismo inmueble de la carrera 3ª-A número 58-10 de esta ciudad y en vez de notificarse la designación a Calderón Carrizosa se cumplió con Calderón Carranza quien carecía de vocación para integrar el jurado que juzgó a Sánchez Guarín.

"Se concluye por tanto que no se trata de un error de identidad sino de escritura del segundo apellido del señor Andrés Calderón cuyo domicilio es la carrera 3ª-A número 58-10 de Bogotá y quien ni siquiera advirtió la equivocación de su segundo apellido cuando se le enteró del nombramiento de jurado en este proceso pero, se repite, era él quien figuraba en la lista del jurado y prueba de ello es que en tres ocasiones más, según su afirmación del folio 20 del cuaderno de la segunda instancia, se le nombró jurado por el mismo despacho judicial".

Con respecto a la causal segunda de causalidad, apunta el Procurador, después de hacer algunas críticas a la demanda:

“La doctrina y la jurisprudencia colombianas reiteradamente han proclamado que la ira no constituye atenuante de la responsabilidad, sino la causa o motivo de ella, siempre y cuando se haya suscitado “por grave e injusta provocación” de la víctima. Es más: tampoco constituye circunstancia de menor peligrosidad ya que al tenor del artículo 38, numeral 3º del Código Penal, se exige que el ímpetu de ira haya sido “provocado injustamente”. En definitiva: la ira —como estado anímico— carece de trascendencia jurídica en la legislación penal colombiana.

“En el presente caso el jurado declaró la responsabilidad de Sánchez Guarín por el homicidio en José Santos Cárdenas y agregó que ese hecho se había realizado “en estado de ira”.

“No es lícito al juzgador completar ese veredicto porque de una parte, el jurado es autónomo en sus decisiones, y de la otra, porque cualquier agregado, como el que sugiere el actor, daría pábulo a un debate probatorio impertinente en este momento procesal.

“Si ha de darse crédito al acta de audiencia que corre a folios 306 a 315 del informativo, quien se ocupó en forma exhaustiva de la atenuante de la provocación para descartarla fue el señor Fiscal del Juzgado 19 Superior, quien con apoyo en la prueba y sólidos argumentos jurídicos demostró que Sánchez Guarín era temperamentalmente irascible. El defensor del acusado —quien lo representa en el recurso de casación— propuso al jurado varias respuestas entre otras la tercera que dice: “...ira e intenso dolor, pues, según la providencia del honorable Tribunal, así lo reconoció esa Corporación y ello es dable al tener en cuenta el temperamento irascible del victimario quien, como él mismo lo dice en la indagatoria, vio con la actitud del interfecto, disminuidas sus funciones, humillada su autoridad.

“En consecuencia, a juicio de este Despacho, el defensor propuso la respuesta que en definitiva acogió el jurado y que, se repite, carece de trascendencia jurídica pues el simple estado de ira no está reconocido como circunstancia atenuante de la responsabilidad y tampoco como factor de

menor peligrosidad por nuestra legislación penal”.

Se considera

1º Tiene razón el Agente del Ministerio Público al glosar el orden en que la demanda presenta las causales de casación, pues como se dijo por esta Sala en fallo de 31 de julio de 1973 (Casación de Luis Alberto Ferrín Ortiz), con base en lo dispuesto por el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en lo pertinente al proceso penal, “cuando el demandante en casación postule cargos por vicios de forma en el procedimiento, en el ámbito de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y alegue también motivos de fondo, como el de ser la sentencia violatoria de la ley sustancial o el de no estar aquélla en consonancia con el auto de proceder o con el veredicto del jurado, el método lógico obliga a examinar primero las acusaciones *in procedendo*, y luego las causales *in iudicando*, si las de forma no aparecieren justificadas. Quiere ello decir que si la causal *in procedendo* prospera, la Corte no tiene por qué estudiar las *in iudicando*, aunque pudieran tener éxito de no estar viciada de nulidad la actuación”.

2º Por la causa anotada, la Corte responderá primero el cargo hecho a la sentencia *sub iudice* con invocación de la causal 4ª de casación, y sobre el tema que planea, observa:

Ciertamente el artículo 211 del Código de Procedimiento Penal estatuye, en su numeral 2, como causa de nulidad en los juicios en que interviene el jurado “figurar como miembro del jurado una persona que no aparezca en la lista correspondiente”. Esta nulidad, dicho sea, es de carácter absoluto y puede alegarse en cualquier estado del proceso, inclusive en el recurso de casación, pues la ley no establece motivo que la subsane.

Mas tal vicio de nulidad no aparece demostrado en la presente causa, porque si bien es verdad que en la audiencia pública actuó como miembro del jurado “Andrés Calderón Carranza” y no “Andrés Calderón Carrizosa”, existe la certeza de que se trata de la misma persona y que el yerro en cuanto al segundo apellido, cometido en

la elaboración de la lista de jurados, carece de trascendencia. Al respecto la Corte acoge las abundantes y juiciosas razones que expone la Procuraduría, para demostrar que el cargo de la demanda no puede prosperar. Se presentaría el motivo de nulidad aducido por el recurrente si mediara alguna prueba, que creara al menos incertidumbre sobre la existencia de "Andrés Calderón Carranza" como persona distinta de la que tuvo in mente el Tribunal Superior de Bogotá al elaborar la lista de jurados para el juzgado de primera instancia y que allí figura en el número 145 como Andrés Calderón Carrizosa. Mas a este respecto, no obstante la acuciosidad comprobada del señor defensor, no se allegó, seguramente por la imposibilidad de hacerlo, ningún elemento de juicio.

Cabe recordar aquí que la ley contempla también como motivo de nulidad en los procesos penales el haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo "al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido" (Art. 210, Num. 5º, del C. de P. P., antes Art. 198, Num. 8º), y que esta Sala de la Corte siempre ha entendido que no es el simple yerro en cuanto al nombre o apellido el que causa la nulidad, sino el atinente a la identificación física, la que puede establecerse por cualquier medio de prueba. Esa jurisprudencia vale para el caso sub judice, como que todo en el proceso tiende a demostrar que hubo error respecto del segundo apellido de uno de los jurados que intervinieron en la audiencia pública, mas no equivocación relativa a la verdadera identidad del juez de conciencia.

Por consiguiente, el cargo de nulidad de parte del juicio, presentado en el ámbito de la causal 4ª de casación, no está justificado.

3º El veredicto "sí es responsable de homicidio, en estado de ira", emitido por el jurado en la presente causa, fue correctamente interpretado por el Tribunal ad quem, pues el "estado de ira" solamente morigeró la penalidad establecida para la infracción cuando haya sido "causado por grave e injusta provocación", a términos del artículo 28 del Código Penal, y para que el juez pueda reconocer en el fallo ese

motivo de atenuación, tratándose de un homicidio, es preciso que el jurado haya expresado en su respuesta al cuestionario el conjunto de elementos contemplados en aquella disposición, con las mismas palabras de la ley o con expresiones semejantes y de idéntico contenido, pues la sentencia tiene que ceñirse al veredicto y el fallador no puede, so pretexto de interpretarlo, modificarlo sustancialmente, que es lo que pretende aquí el demandante.

En sentencia de 13 de noviembre de 1970 (Casación de Nicolás Mogollón Portilla), dijo esta Sala:

"El veredicto 'Sí es responsable en estado de ira', dado por el jurado en un caso de homicidio como el juzgado en este proceso, es simplemente afirmativo de la responsabilidad del acusado por el hecho descrito en el cuestionario y no ofrece duda ni dificultad alguna de interpretación, pues la agregación hecha al adverbio afirmativo carece de contenido jurídico, puesto que para que la ira sea relevante y adquiriera forma de excusa atenuante de la responsabilidad debe estar asociada, en relación de efecto a causa, con una provocación grave e injusta, como lo prescribe el artículo 28 del Código Penal, y dicho motivo determinante tiene que ser expresamente reconocido por el jurado, como que el juzgador no puede adicionar el veredicto.

'Aunque los jueces de conciencia no sean requeridos por la ley a usar términos, palabras o expresiones sacramentales, de todos modos las que empleen para calificar una determinada conducta penal sometida a su juicio, deben revelar inequívocamente y con claridad la calificación, que permita al juez de derecho la aplicación específica de normas penales pertinentes', como lo dijo esta Sala de la Corte en sentencia de 20 de mayo de 1964. (G. J., Tomo CVII, 2ª Parte, Pág. 515).

"En el caso sub judice, el jurado no usó "términos científicos" ni profanos de ninguna naturaleza para calificar el móvil del "estado de ira" a cuyo impulso obró el acusado al dar muerte a la occisa, según la respuesta dada por aquél al cuestionario, y el fallador de derecho no puede, sin suplantarse al jurado e invadir la órbita de su com-

petencia, penetrar en el análisis de las pruebas para ver si existió injusta y grave ofensa de la víctima, pues si se adoptara ese procedimiento y se llegare a conclusión favorable al acusado podría ocurrir que la sentencia se dictara, no de conformidad con el veredicto, que en esta clase de juicios debe ser su fuente y fundamento inmediato, sino de acuerdo con el propio convencimiento, formado en el estudio directo del caudal probatorio, contraviniendo de ese modo claros mandatos de la ley".

Idéntica tesis fue sostenida en sentencia de 6 de noviembre de 1972 (Casación de Jorge Eliécer Urtunduaga Meneses), en la que se expuso:

"Reiteradamente, sin una sola vacilación ha sostenido esta Sala de la Corte que no basta a los efectos de reconocer la atenuante consagrada en el artículo 28 del Código Penal la afirmación por el jurado de que el agente obró en estado de ira o de intenso dolor, pues como lo dice con propiedad el Procurador Primero Delegado en lo Penal, siguiendo el criterio constante de la jurisprudencia nacional, si no se puede negar que las circunstancias de menor peligrosidad son de la calificación y competencia específica del juez de derecho, no por ello pudiera afirmarse, válidamente, que su reconocimiento o inclusión en el veredicto por los jueces del pueblo, le otorgue el alcance de circunstancia modificadora de la responsabilidad, que sí toca con su competencia, como tal consagrada, consecuentemente a la ocurrencia de muy precisos requisitos previos, como son, la gravedad y la injusticia de la provocación determinantes del estado de ira e intenso dolor padecido por el agente del delito. Unos y otros fueron previstos por el legislador, condicionando la vigencia de los segundos

a la existencia de los primeros, en relación de causa a efecto. Por modo que si la ira o el intenso dolor invocados por el agente o su defensor, no tienen origen o no han sido causados por grave e injusta provocación de que se lo hubiese hecho víctima, la atenuante, carecerá virtualmente de los prerequisites indispensables a su prosperidad o reconocimiento por el juzgador".

Débase concluir de lo expuesto que la sentencia acusada no es disonante con el veredicto del jurado, por lo cual la impugnación que se le hace al amparo de la causal segunda de casación no prospera.

Fallo

En armonía con lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha 7 de noviembre de 1972, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual se condenó al procesado Pablo Enrique Sánchez Guarín a la pena de ocho años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes, por homicidio en la persona de José Santos Cárdenas Murillo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

TECNICA DE CASACION

La casación no es una nueva instancia que permita la revisión total del proceso. — La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., treinta de agosto de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Mediante auto de 13 de abril último, esta Sala de la Corte declaró admisible el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Víctor Gallego Arias contra la sentencia de 1º de febrero del corriente año, dictada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por la cual se condenó a Gallego Arias a la pena de cuatro años y seis meses de presidio, como también a las accesorias correspondientes, por robo imperfecto contra el patrimonio de la señora Lucía Echeverri de Lavid.

El recurrente presentó en tiempo oportuno, como demanda de casación, el escrito visible a folios 5 a 8 del cuaderno de la Corte, fechado el 15 de junio postrero, sobre cuyo mérito decide la Sala en esta ocasión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 578 del Código de Procedimiento Penal.

El actor invoca la causal de casación prevista en el ordinal 1º del artículo 580 del referido estatuto, “ya que en este proceso hubo apreciación errónea de hecho en la prueba determinante de la sentencia condenatoria, y aparece a bulto en los autos”.

Pretende el censor fundar el cargo en una supuesta estimación equivocada de los testimonios de los agentes de la Policía Gerardo González y Roberto Saldaña, quienes, al decir de aquél, fueron los únicos testigos de cargo, y de los indicios deducidos en el fallo impugnado, los que, según sus propias palabras, “en ningún caso constituyen plena prueba o al menos reconstituyen a los dos testimonios de los agentes”.

Luego de hacer algunas apreciaciones personales respecto de la prueba inculpatória, para oponer su criterio al del fallador, termina de este modo el recurrente:

“Fundamentos

“Por los hechos que acabo de relatar, mi demanda se basa en la apreciación errónea que se le dio a las declaraciones de los agentes de policía y que sirvieron de base para la sentencia condenatoria, y estas versiones no ofrecen el más leve respaldo, no resistiendo por tanto la sana crítica que se les puede hacer.

“De lo anterior se deduce que se violó la ley, por cuanto se apreció erróneamente una prueba de cargo, que no merecía tal apreciación de sana y crédula.

“Fundamentos de derecho

“Artículos 216, 569 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

“Solicitud

“Así las cosas, solicito muy respetuosamente se digne casar la sentencia recurrida

y dictar el fallo que corresponde conforme a la apreciación legal de la prueba”.

Se considera

En providencia de 12 de agosto de 1969 dijo esta Sala:

“El recurso de casación tiene por finalidad primordial velar por la recta y auténtica aplicación de la ley. Su objeto, dice Manresa, “es contener a todos los Tribunales y jueces en la estricta observancia de la ley e impedir toda falsa aplicación de ésta y su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia”.

“Mediante ese medio extraordinario, cuando el ataque a la sentencia es de fondo, como quiso hacerlo aquí el recurrente, se persigue corregir la infracción de la ley sustancial, por no aplicación de una disposición legal al caso probado en autos y abstractamente regulado por ella (infracción directa), o por aplicación de la norma a hecho no gobernado por ella (aplicación indebida), o porque se le haya atribuido a la norma un alcance diverso al que realmente tiene (interpretación errónea).

“La casación no es una nueva instancia, que permita la revisión total del proceso en su situación fáctica y en las cuestiones jurídicas. En ella se plantea un juicio de derecho limitado, que comprende únicamente el examen de los vicios que la parte recurrente impute a la sentencia acusada y dentro de precisos motivos, para determinar, mediante el estudio comparativo del fallo con la ley, si ésta ha sido o no correctamente aplicada por el tribunal de última instancia.

“Por el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación, es deber del recurrente formular con claridad y precisión los motivos de ataque a la sentencia impugnada, dentro de los establecidos en la ley, y fundamentarlos de tal manera que permita a la Corte el estudio del juicio de derecho contenido en el fallo, y comprobar si en éste se ha violado la ley y por qué concepto.

“La casación es un remedio técnico y la demanda que lo sustenta está sometida a condiciones de forma y de fondo cuya ob-

servancia es indispensable para su admisión y para que subsista respecto del recurrente, como expresa Fenech, “el derecho al examen y ulterior decisión del Tribunal de Casación”. Tales condiciones están contempladas en la legislación colombiana en el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, que establece:

“La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas.

“Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una” (G. J., T. CXXXI, Pág. 285).

Examinando el escrito presentado como demanda en el caso sub iudice, se tiene:

1º No contiene el resumen de los hechos que fueron materia del debate, pues el señor defensor se limita a hacer superficiales referencias al proceso.

2º No señala la norma o las normas penales sustanciales que se reputan infringidas, y,

3º No desarrolla en la forma exigida por la ley los fundamentos del motivo de casación aducido.

Las notorias imperfecciones apuntadas impiden el estudio del libelo traído como demanda y precisan a la Corte a declarar desierto el recurso de que se trata, dando aplicación al artículo 578 del Código de Procedimiento Penal, por no reunir la demanda los requisitos legales para su admisibilidad.

Decisión

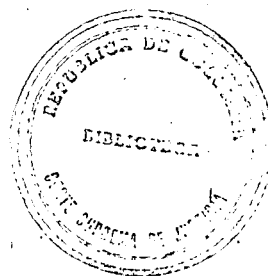
En consecuencia con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara desierto el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Víctor Gallego Arias contra la sentencia de que se ha hecho mérito en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

*Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo,
Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo*

*Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique
Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María
Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada, V., Secretario.



NULIDAD

La competencia para celebrar la audiencia pública de juzgamiento le corresponde a la Sala Penal de Decisión respectiva, según lo manda el artículo 30 del Código de Procedimiento Civil aplicable al procedimiento penal de acuerdo con la norma que trae el artículo 8º del estatuto procesal penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre cuatro de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Consulta el Tribunal Superior de Pasto el proveído de dos de julio último, por el cual impone al ex-Juez Promiscuo Municipal de "El Charco" Luis Córdoba la pena principal de seis meses de prisión, como supuesto responsable de detención arbitraria.

Por las pruebas reunidas, se sabe que en El Charco, el 27 de febrero de 1972, fue herido Agustín Mancilla por Miguel Viáfara, investigación que adelantó el funcionario acusado, quien días después de iniciado el sumario concedió al sindicado el beneficio de excarcelación. Esto no fue del agrado del ofendido, quien con su esposa acudieron al despacho del juez para hacerle reclamaciones al respecto, las que, en concepto del funcionario, fueron ultrajantes. Esta incidencia hizo que Córdoba privara de la libertad a Mancilla y a su esposa, durante cuatro horas, sin resolución previa.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal pide que se declare nulo lo actuado a partir del proveído por el cual se convocó a audiencia pública de juzgamiento, en atención a que esta diligencia solamente fue llevada a cabo por el Magistrado sustanciador y no por la totalidad de los Magistrados de la respectiva Sala de Decisión

Penal, lo cual conlleva la inexistencia de tal diligencia y por ende la nulidad prevista en el ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Y por cuanto el defensor del procesado, doctor Manuel María Muñoz, no cumplió diligencia alguna en la representación del sindicado, habiendo dejado de concurrir, inclusive, a la citada audiencia pública, solicita el Ministerio Público que se envíe copia de lo pertinente para establecer si el profesional incurrió en violación del Decreto 196 de 1971.

Pues bien

La competencia para celebrar la audiencia pública de juzgamiento le corresponde a la Sala Penal de Decisión respectiva, según lo manda el artículo 30 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso penal de acuerdo con la norma que trae el artículo 8º del estatuto procesal penal. Y en este negocio tal diligencia, como observa el Ministerio Público, fue cumplida sólo por el Magistrado sustanciador, lo cual equivale a que no tuvo existencia.

Es obvio, entonces, que se incurrió en el caso de nulidad previsto en el ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, y corresponde declarar nulo lo actuado desde entonces para que se reponga el procedimiento.

En cuanto a las copias solicitadas, el juzgador a quo dispondría lo que corresponda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con

el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, declara nulo lo actuado en este proceso a partir del proveído por el cual se cita para audiencia pública de juzgamiento, inclusive, a fin de que se reponga la actuación pertinente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

VIOLACION DE LA RESERVA DEL SUMARIO

Aplicando el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, la violación de la reserva del sumario no es un delito, sino una contravención especial cuya investigación y juzgamiento debe adelantarse de acuerdo con los artículos 71 y 55 del Decreto 522 de 1971.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre siete de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

Eduardo de Jesús Ochoa, en documento del 28 de diciembre de 1972, denunció a Carmen Cecilia Hoyos Castaño, Juez Promiscua Municipal de Sabaneta, Antioquia, como responsable de violación de la reserva del sumario que en su Despacho seguía al denunciante por el delito de bigamia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, luego de practicar importantes diligencias previas, dispuso, en auto del 2 de marzo del año en curso, abrir la investigación penal “durante la cual se procederá en la forma indicada por los artículos 319 y siguientes del Código de Procedimiento Penal”.

El funcionario comisionado para adelantar las diligencias investigativas cumplió su cometido puntualmente, y el Tribunal, previo concepto favorable del Fiscal Octavo, dispuso la cesación de todo procedimiento contra el juez Hoyos Castaño, “por violación a la reserva del sumario”, pues considera que el hecho denunciado no tuvo existencia, dando aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

El mismo auto dispuso su consulta con esta Corporación, en la cual se han completado los trámites para resolver, habiéndose oído al Procurador Primero Delegado

en lo Penal, quien conceptúa que la providencia debe confirmarse, aceptando que efectivamente “el hecho imputado no existió”.

Ha dicho la Corte, en auto del 7 de septiembre de 1972, aplicando el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, que la violación de la reserva del sumario no es un delito, como se desprende de su propia naturaleza y del texto legal, sino una contravención especial cuya investigación y juzgamiento debe adelantarse de acuerdo con los artículos 71 y siguientes del Decreto 522 de 1971. El inciso 3º de la norma citada en forma expresa dice que, violar la reserva del sumario es infracción que se tramita de acuerdo con el procedimiento específico de las contravenciones, diferente del que acogió el Tribunal en el auto cabeza de proceso y del que siguió para perfeccionar la investigación. También se expresa la norma en el reconocimiento de la competencia, atribuida al respectivo superior del empleado o funcionario cuya conducta se señala como violatoria.

En estas condiciones, es forzoso anular lo actuado a partir del auto cabeza de proceso, a fin de que se siga el procedimiento propio de esta clase de infracciones.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara nulo lo actuado a partir del auto que ordenó la apertura de la investigación, dictado el 2 de marzo de 1973, y dispone que vuelvan las diligencias al Tribunal de origen para

que se adopte el procedimiento propio de la infracción investigada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo,
Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo*

*Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique
Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María
Velasco Guerrero.*

José Evencio Posada V., Secretario.

ROBO CALIFICADO

La Corte reitera la jurisprudencia sobre que con el robo calificado (Art. 404) no juegan las modalidades específicas del hurto previstas por los artículos 398 y 399, pues con la aplicación del 404 queda doblemente reprimido el robo en sus manifestaciones más graves y sería aberrante y contrario a la equidad hacer todavía otro aumento. (Casación 27 Sep. 1955, G. J., T. LXXXI, Pág. 310; de 21 de mayo de 1956, G. J., T. LXXXII, Pág. 656, entre otras).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre diez de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de treinta y uno de octubre último, por la cual les fue impuesta a los procesados Ernesto Salazar Ortiz y César Alfonso Rivera Torres la pena principal de noventa meses de presidio, como responsables del delito de robo.

Conoció en primera instancia el Juzgado 1º Penal del Circuito de la misma ciudad.

Hechos y desarrollo del proceso

El Procurador Primero Delegado en lo Penal hace la siguiente reseña al respecto:

"El día doce de octubre de 1971, cuando Reinaldo Chayes regresó a su casa, fue informado por agentes de la Policía que se había cometido un robo en su residencia... y comprobó la falta de varios objetos, avaluados en suma aproximada a los veintiún mil pesos. La Policía capturó a César Alfonso Rivera y a Ernesto Salazar, en cuyo poder se encontraron ropas —10 camisas y una blusa— de las sustraídas a Chaves.

"Inició la investigación el Juzgado 2º Penal Municipal de Cali, el cual, después de recibidas varias pruebas, dispuso la detención preventiva de Rivera Tovar y Salazar Ortiz, y repartido el proceso al Juzgado 1º Penal del Circuito, ordenó éste la práctica de otras pruebas, cumplidas las cuales se cerró la investigación y se calificó con llamamiento a juicio para los procesados mencionados, por robo agravado. Igualmente se sobreseyó definitivamente en favor de Oscar Marino Henao, quien fue vinculado al proceso. Apelada esa providencia, el Tribunal, una vez que se designaron apoderados para cada uno de los enjuiciados, en atención a una posible oposición de intereses entre ellos, confirmó el enjuiciamiento. Surtido el procedimiento legal del juicio, se dictó la sentencia condenatoria... la que el Tribunal reformó en el sentido de aumentar a noventa meses de presidio la pena señalada por el juzgador a quo".

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Invoca el actor la causal cuarta de casación y en búsqueda de su prosperidad señala los siguientes cargos:

1º Que, por cuanto la indagatoria del recurrente Salazar Ortiz se cumplió con la asistencia de persona que desempeñaba, para ese momento, funciones públicas, es inválida, de acuerdo con el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, y, en

consecuencia, se prescindió de oír debidamente al acusado, con violación del derecho de defensa que consagra el artículo 26 de la Carta.

2º Que en el fallo impugnado se violó el principio según el cual, siendo la parte procesada la única recurrente en apelación del fallo de primera instancia por el cual le fue impuesta una pena privativa de la libertad de 62 meses de presidio, se cumplió una reformatio in pejus, pues se indicó por el Tribunal una pena privativa de la libertad del apelante de noventa meses de presidio.

Igualmente aduce la causal primera, pues considera que la sentencia es violatoria de la ley sustancial por infracción indirecta, dado que ocurrió el sentenciador en error manifiesto al darle el alcance de plena prueba a los elementos de juicio en que fundamenta la responsabilidad de Salazar Ortiz.

También expresa que se tiene una infracción directa de la ley, pues sin ser pertinente aplicó el juzgador el artículo 399 del Código Penal.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal dice que está probado el cargo que hace el demandante a través de la causal cuarta y, por ello, prescinde del estudio de las demás tachas presentadas.

Considera la Corte

En el orden que señala el actor debe hacerse el examen de los motivos de casación, así:

I

Causal cuarta

Es cierto que se desconoció en este negocio la prohibición que trae el artículo 123 del Código de Procedimiento Penal, de que ningún empleado público puede servir el cargo de apoderado en la diligencia de indagatoria. Pero esta prohibición no está sancionada con la inexistencia del acto procesal.

No corresponde, pues, aceptar el criterio del Ministerio Público cuando anota que "no existe indagatoria" y, por cuanto tampoco se acudió a la declaratoria de reo au-

sente, por no ser ello necesario, no se tiene en cuanto a Salazar Ortiz la calidad de parte procesada, dándose, en su concepto, una violación fundamental de las formas propias del juicio que conlleva la nulidad de lo actuado a partir del auto que clausuró la etapa del sumario.

De otra parte, la anotada irregularidad no alcanza a desconocer, de esa manera absoluta como es indispensable para que se tenga nulidad supralegal, el derecho de defensa que consagra el artículo 26 de la Carta, pues el acusado Salazar Ortiz contó con la asistencia técnica de un profesional de la abogacía en la etapa del juicio.

No prospera este primer cargo.

Tampoco resulta demostrado el segundo cargo, por los motivos siguientes:

Es cierto que el juzgador de segunda instancia elevó la sanción privativa de la libertad que el Juzgado 1º Penal del Circuito de Cali impuso al recurrente, quien en esa oportunidad interpuso el recurso de apelación y sin que el Ministerio Público hubiese expresado su desacuerdo con la determinación de primer grado.

A este particular, procede transcribir lo que dice la Corte en providencia de veintinueve de agosto último (Casación de José del Carmen Tapias Carrillo) y que se reitera en proveído del día treinta del mismo mes (Casación de Napoleón Villamarín Suta), a saber:

"1º La Sala reafirma una vez más la doctrina que expuso en la sentencia de 27 de noviembre de 1972 (Casación de Salomón Mesa y Santiago Muñoz), según la cual la competencia del juez de segundo grado, originada por apelación del procesado o de su patrono judicial, lo faculta para revisar la providencia del inferior limitadamente al examen de los agravios que el acto impugnado hubiera podido causar al apelante, expresa o tácitamente comprendidos en el recurso, es decir, no da atribución al superior para hacer enmiendas perjudiciales, por contener mayores cargas para el recurrente, o sea que también el proceso penal está regido por el principio de la prohibición de la reformatio in pejus.

"2º Esa tesis tiene plena validez cuando la competencia del ad quem dimana por modo exclusivo del acto voluntario de la

apelación del inculpado, como se advirtió en el referido fallo. No tiene operancia por consiguiente, en el evento de apelaciones concurrentes de las distintas partes ligadas al proceso, ni cuando se trate de providencias que, por su importancia están sometidas por la ley a consulta, grado éste de jurisdicción que confiere plenos poderes para revisar la resolución judicial del *a quo* por todos los aspectos y hacerle las enmiendas que el superior estime conformes con el derecho. En efecto, en la sentencia de que se viene haciendo mérito se dijo:

"...el control pleno del acto jurisdiccional, en lo que respecta al *thema decidendum* de naturaleza penal, sólo puede ejercerse por el superior jerárquico por medio de la consulta, cuando la ley la ordena, o al través de la alzada interpuesta por el Ministerio Público, cuya misión como representante de la sociedad, es no solamente la de procurar la sanción de los infractores de la ley penal, más también la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción (Art. 102 del C. de P. P.). Por manera que la apelación interpuesta por el agente del Ministerio Público y la consulta son los medios jurídicos excogitados por el legislador para que se ejerza el ilimitado dominio sobre las resoluciones judiciales, en lo que concierne a la extensión del poder dispositivo del *ad quem*, para garantía del interés social de la potestad represiva del Estado".

"3º En el caso *sub examine*, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva tenía la plenitud de la competencia para estudiar la actuación del Juzgado 3º Penal del Circuito, y, por ende, para modificar la sentencia dictada por éste con elevación de la pena en ella señalada al procesado José del Carmen Tapias Carrillo, no obstante el recurso de apelación que éste había interpuesto contra el fallo, por tratarse de una providencia consultable, a voces del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, no obstante que no se hubiera hecho por los juzgadores de las instancias mención de la consulta, pues ésta opera *ope legis*, esto es, por imperio de la ley. Y fue la consulta, dicho sea, la que permitió al referido Tribunal conocer de la condena impuesta en primera instancia a la procesada Sonia

Londoño, quien no propuso apelación contra ella.

"4º Importa observar que la condición impuesta en el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, para la consulta de las providencias que enumera la disposición, al decir que tal fenómeno procede "cuando, contra ellas no se hubiere interpuesto el recurso de apelación dentro del término legal", debe interpretarse, para su correcto entendimiento, no en forma literal o rigurosamente exegética, sino de modo que armonice con los principios básicos del procedimiento y con el ordenamiento jurídico, método científico por el cual se concluye que la apelación a que alude la norma, aunque ella no haga la distinción, no puede ser otra que la que le conceda al *ad quem* la plena competencia para revisar la decisión del *a quo*, como es, *vr/gr.* la que hace valer el Agente del Ministerio Público. No puede olvidarse que lo que la ley quiere, al establecer la consulta para determinadas resoluciones judiciales, es que los asuntos comprendidos en ellas tengan necesariamente dos instancias, sin límites en cuanto al poder decisorio de los jueces..."

Tenía, pues, competencia el Tribunal Superior de Cali para reformar, como lo hizo, la condena impuesta por el juzgador de primera instancia, si no con apoyo en el recurso de apelación interpuesto por el procesado, sí por la consulta de dicho fallo, que en este caso era procedente.

III

Causal primera

Si bien el actor aduce tanto la infracción directa de la ley sustancial como la violación indirecta de la misma, en este caso no se tiene una situación contradictoria, pues el planteamiento lo cumple el demandante aduciendo como principal aquella y la segunda como subsidiaria.

a) Violación indirecta

Dice que los indicios tomados en cuenta por el juzgador de segunda instancia no tienen el alcance de graves y, por tanto, no se cuenta con la prueba plena de la responsabilidad de Salazar Ortiz.

El cargo debe ser rechazado, pues no resulta, ni siquiera yerro simple, menos ese error manifiesto que es indispensable para que, en la apreciación de las pruebas, prospere este motivo de casación. En efecto, Salazar Ortiz y Rivera Salazar fueron capturados muy cerca al lugar donde fue cometido el delito de robo; la declarante Dora Martínez dice que vio a dos individuos cuando salían de la residencia donde fue consumado el ilícito, en la hora averiguada; Chaves Ortiz pretende explicar la tenencia de algunas camisas objeto del robo, expresando que las compró, pero al señalar que su patrono le dio en préstamo veinte pesos para tal efecto, resulta desmentido, y, por último, son varios los antecedentes del recurrente en cuanto a sindicaciones por delitos contra la propiedad, lo que es indicio de su capacidad delictiva.

b) Violación directa

Esta tacha, en cambio, cuenta con demostración, pues en la dosimetría de la pena el juzgador ad quem, indebidamente, aplicó el artículo 399 del Código Penal, que señala una circunstancia agravante del delito de hurto, extensiva al de robo según lo que indica el artículo 403 de la misma obra.

Esto, por cuanto los hechos fueron especificados según los casos especiales de agravación del delito de robo, de que trata el artículo 404 de tal Código, en relación con el cual ha dicho la Corte:

“Con el robo calificado (Art. 404) no juegan las modalidades específicas del hurto previstas por los artículos 398 y 399, porque con la aplicación del 404 queda debidamente reprimido el robo en sus manifestaciones más graves, y sería aberrante y contrario a la equidad hacer todavía otro aumento, recurriendo a las circunstancias cualificadoras de los artículos 398 y 399” (Cas. 27 septiembre de 1955, G. J., T. LXXXI, Pág. 310; de 21 de mayo de 1956, G. J., T. LXXXIII, Pág. 656, entre otras).

En el fallo obieto del recurso de casación se dijo, sobre este particular:

“El robo se cometió el 12 de octubre de 1971, esto es, bajo la vigencia del Decreto 1988 de octubre de ese año, que aumentó la pena señalada en el artículo 404 del Código Penal, fijándola entre 5 y 14 años de presidio. A ese mínimo de cinco años, es necesario aumentar dos años más, en razón de la cuantía del delito, \$ 21.000.00, según los artículos 399 y 403 del mismo Código, y como ambos registran antecedentes de depravación y libertinaje y una tendencia persistente al delito, especialmente contra la propiedad..., se aumentará para ambos la pena en seis meses, lo que da como total noventa meses de presidio...”

Prospera, pues, por este aspecto, la causal primera de casación y corresponde casar parcialmente la sentencia impugnada.

De acuerdo con el ordinal 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, la Corte, atendido lo inmediatamente antes examinado, fija en sesenta y seis meses de presidio la pena privativa de la libertad que debe purgar el recurrente Salazar Ortiz. En lo demás, debe mantenerse la sentencia acusada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, casa parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Cali, de que se hizo referencia, a fin de fijar en cinco años y seis meses de presidio la pena privativa de la libertad que debe purgar el procesado recurrente Ernesto Salazar Ortiz.

En lo demás, rige la sentencia aludida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Pdsada, Secretario.

CUESTIONARIOS EN LOS CONSEJOS DE GUERRA VERBALES

Procesalmente no puede decirse que el cuestionario o cuestionarios, dentro del consejo de guerra verbal, es cuestión equivalente al auto de proceder con que se inicia el juicio con el procedimiento ordinario. — El cuestionario o cuestionarios que se propongan a los vocales dentro del consejo de guerra verbal, debe referirse al hecho y a las circunstancias que lo individualizan de acuerdo con las pruebas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre trece (13) de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de diez de agosto de 1972, por la cual le fue impuesta al agente de la Policía Nacional, Antonio María Ospina Quiceno la pena principal de dos años de presidio, como responsable del delito de lesiones personales cometido en el particular Julio Grajales Valencia.

Conoció en primera instancia el Comando del Departamento de Policía Caldas, con sede en Manizales.

Hechos

En la sentencia de primer grado se acoge, como resumen de lo ocurrido, la relación que hace el acusado, a saber:

“Siendo aproximadamente las once de la noche nos dirigimos por la carretera a dar o pasar revista a esa cantina, en donde se practicó una requisa en busca de armas, lo mismo que de mujeres de vida licenciosa, pero no se encontró ni lo uno ni lo otro, pues habían hombres solos tomando licor; volvimos a salir de regreso al pueblo, cuando

oímos voces de personas que hablaban por la misma carretera, por lo cual yo alumbré con la linterna, y cuando en esas sentí una detonación, sintiendo el zumbido de balas que me pasaron cerca, por lo cual brinqué a un lado, apagué la linterna y respondí con un disparo con la carabina, pues la bajé rápidamente del hombro; al disparar nuevamente corrí a un lado de la carretera, como medida de prevención, presumiendo que volvieran a disparar, al mismo tiempo sentía ruido de pisadas como de personas que corrían por la misma carretera, ante lo cual volví y alumbré, alcanzando a ver unos bultos que corrían hacia arriba, viendo que habían quedado dos hombres parados, a quienes les gritamos ‘alto, no se muevan’; y al mismo tiempo avanzamos en esa dirección; llegamos a donde estaban los dos hombres, a quienes requisamos, sin encontrarles nada, ninguna arma; cuando estábamos en esas, sentimos como quejidos, cuando bajamos un poquito, cuando vimos un hombre tendido en el suelo que nos dimos cuenta de que estaba herido, pues tenía ensangrentada una pierna...”

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público

Propone el demandante las siguientes causales de casación:

a) Causal cuarta

“Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”.

Dos cargos aduce el actor, a saber:

1º Violación de las formas propias
del juicio

Expresa el demandante que el cuestionario, como pieza equivalente al pliego de cargos, impone la plena prueba del cuerpo del delito, demostración inexistente en este caso.

Entre otras razones, anota el actor:

"En los procesos militares adelantados por el trámite del consejo de guerra verbal, ausente el auto de proceder, es el cuestionario el que constituye la acusación del Estado. Allí, en forma concisa pero exacta, debe quedar plasmado el cargo que el Estado formula al ciudadano.

"Es esta la razón para que la Corte haya señalado jurisprudencialmente la equivalencia de ese acto, el cuestionario con el auto de proceder. Equivalencia que no es mera semejanza o parecido, sino valor igual y si esto se predica en el campo jurídico, la igualdad de valores tendrá que surgir del mérito probatorio.

"En consecuencia, si es cierto que el Comandante determina cuándo debe convocarse consejo de guerra y cuándo no y en este último caso decide él mismo la cesación del proceso, no puede hacer aquello ni esto por apreciación simplemente subjetiva sino regido por normas legales. Así, de otro lado, lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Militar que circunscribe el 'mérito' de que habla la ley, a exigencias probatorias. Por tanto la cesación de procedimiento que traduzca el criterio del Comando con respecto a falta de 'mérito' para convocar un consejo de guerra verbal, realmente tiene que estar fundada en una situación ubicable en el artículo 453 o en el 417 del Código de Justicia Penal Militar, el primero de los cuales equivale, a su turno, a los artículos 489 y 491 del Código de Procedimiento Penal y el 2º al artículo 163 del mismo.

"A contrario sensu, la concurrencia del mérito para convocatoria y más concreta y cabalmente para que el Presidente del consejo redacte cuestionario puesto que puede apartarse del criterio plasmado en la resolución de convocatoria depende de la existencia de una prueba como la ne-

cesaria para llamar a juicio, conforme al artículo 539 del Código de Justicia Penal Militar, equivalente al artículo 481 del Código de Procedimiento Penal.

"Es, pues, garantía supralegal del individuo, que para llamarlo a juicio obren en el proceso, legalmente producidas, las pruebas que la ley exige para ello. Garantía cuya guarda y conservación es mucho más trascendental en el procedimiento de consejo de guerra verbal que en el procedimiento común o que en el militar de consejo de guerra ordinario, porque en éstos las partes gozan de recursos dependientes de la existencia necesaria de un auto de proceder que si se dicta sin la concurrencia de los requisitos probatorios de ley es susceptible de corrección a través de los recursos, que en el consejo de guerra verbal no existen porque el acto procesal de redactar cuestionarios no es impugnabile.

"Ahora bien: Podía cuestionarse un cargo de lesiones con consecuencias de perturbación funcional transitoria, circunstancia ésta constitutiva del cuerpo del delito, parte esencial de la descripción de una determinada conducta para la cual se determina una pena precisa?

"Es obvio que no porque para llamar a juicio, para que el Estado acuse a un ciudadano por un determinado comportamiento, éste, al menos en su aspecto objetivo, tiene que estar probado plenamente. En efecto, para llamar a juicio se requiere, aparte de la prueba de la responsabilidad, que obre en el proceso la prueba plena, es decir, completa, sin dudas ni vacíos, del cuerpo del delito; y sabido es que éste se demuestra por la prueba de cada uno de los elementos que lo conforman de acuerdo con la respectiva disposición de la ley. Máxime en un delito en el cual por su naturaleza, tanta incidencia tiene el derecho penal de objeto que presupone el conocimiento preciso del resultado para la determinación de la sanción.

"Se prueba el cuerpo del delito de lesiones personales esencialmente con la pericia y ésta se practica por expertos, por médicos legistas, que en sus conocimientos, experiencia, libros, etc., encuentran la base para dictaminar el daño, su naturaleza, la incapacidad, qué consecuencia produce

o si por sus características no alcanza a ocasionar ninguna o no alcanza a tener en términos médicos la significación de una consecuencia.

"Para llegar a esta opinión experta, tienen los médicos que partir del examen personal y directo del herido pues así lo ordena de manera expresa el artículo 505 del Código de Justicia Penal Militar, que dice: 'En caso de lesiones personales el juez ordenará por lo menos tres reconocimientos médicos para que se determine con precisión la naturaleza de las lesiones, y sus secuelas, su extensión, dirección y demás circunstancias peculiares, y el arma o instrumento o cuerpo con que fueron causadas'.

".....
"Trasladados estos ordenamientos al proceso que se examina se llega a la conclusión de que no fueron cumplidos.

"1º Grajales no fue reconocido sino dos veces, cuando el artículo 505 del estatuto procesal ordena que el reconocimiento se verifique por lo menos en tres ocasiones distintas.

"2º No obstante lo anterior, los peritos que reconocieron a Grajales en dos ocasiones, considerando suficientes los exámenes verificados, emitieron concepto definitivo en el que expresaron que el muchacho había tenido ciento veinte días de incapacidad y que no le habían quedado consecuencias, pues a ello equivalen, sin la menor duda, las textuales palabras que su dictamen anota: 'queda como consecuencia ligera desviación en el eje del muslo y discreta limitación en el movimiento de flexión de la rodilla, que no viene a constituir trastornos funcionales de valor significativo'.

(subrayo).
"En conclusión, si pasado por encima del requerimiento de tres reconocimientos se acepta que los dos practicados fueron suficientes para los peritos reconocedores, puesto que así lo indica el hecho de que emitieran dictamen definitivo, se tiene prueba del delito de lesiones personales con incapacidad superior a treinta días y sin consecuencias; lo cual hace que el comportamiento por el aspecto objeto correspondiente a la descripción del inciso 3º del artículo 203 del Código de Justicia Penal Militar, para el cual existe una sanción de

seis meses a cuatro años de prisión y multa de trescientos a dos mil pesos.

"Las dos opiniones restantes en el proceso, orientadas por el Comando como se aprecia en los folios 69 a 71, no tienen ningún valor probatorio, porque:

"a) No fueron expedidas por peritos que hubieran reconocido a Grajales ni una, ni varias veces;

"b) Sin fundamentación propia, se limitaron a ratificar la opinión del Comandante que como juez de instancia podía haber solicitado una aclaración a los peritos que sí reconocieron a Grajales o haber esperado una oportunidad para criticar y avaluar su dictamen, pero no podía, pese a sus conocimientos en la materia, guiar la prueba;

"c) Al producir la ratificación sugerida por el Comando, los médicos de Manizales se refieren al miembro superior derecho, cuando la lesión fue en el miembro inferior, y al hacérselo notar el Comando realizan la corrección por lo que el juez les anota, no por el examen del herido, y,

"d) Desde el punto de vista de la medicina legal como ciencia, se equivocan al dar significación de 'transitoria' a una perturbación (que no existió según los peritos que sí examinaron a Grajales) por el hecho de ser 'reparable', según la opinión sugerida por el Comando.

"A mi entender, queda demostrado que el cuerpo del delito de lesiones personales, por lo menos en el caso de la descripción del inciso 1º del artículo 205 del Código de Justicia Penal Militar no se estableció. Si para cuestionar un cargo determinado, dada la equivalencia del cuestionario con el auto de proceder, es necesario que se encuentre probado plenamente el cuerpo del delito y aquí se redactó el cuestionario sin llenar ese requisito, se concluye que al hacerlo se violaron las garantías que la Constitución establece, pues el aludido requisito constituye forma sustancial del juicio y a ellas se refiere el artículo 26 de la Carta.

"Por ende, la Corte debe declarar inválido el juzgamiento así hecho, a partir de la formulación del cuestionario, casando la sentencia acusada por inadvertencia del Tribunal, al confirmar la de primera instancia montada, a su turno, sobre la violación de la garantía señalada".

2º Error en la formulación del cuestionario

Señala el actor que en el cuestionario no se especificó el hecho con los elementos que lo constituyen, como lo ordena el artículo 576 del Código de Justicia Penal Militar, lo cual conlleva la nulidad de que trata el numeral 6º del artículo 441 de la misma obra.

Como demostración de este segundo cargo, propuesto a través de la causal cuarta de casación, dice el demandante:

“...debe tenerse en cuenta que el artículo 576 ya mencionado dice que en el procedimiento de consejo de guerra verbal, como es el que aquí se aplicó, el cuestionario se redactará en la forma indicada por los artículos 559 y 560 del Código. Examinando la remisión, se tiene que el artículo 599 imperativamente preceptúa: ‘El cuestionario se formulará así: El acusado N. N., es responsable, sí o no, de los hechos (aquí se determina el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, especificando los elementos que lo constituyen y las circunstancias en que se cometió sin darles denominación jurídica)’. La norma respalda el acierto de la jurisprudencia que hace equivalente el auto de proceder al cuestionario, pues se refiere aquí al auto de proceder, remisión que, no existiendo tal providencia en el consejo de guerra verbal, tiene que buscarse en la identidad de requisitos probatorios para uno y otro acto. Esto cobra más valor aún, cuando la norma continúa exigiendo la consignación de los elementos que constituyen el hecho.

“Los elementos del hecho son los que especifican el mismo, conforme a una determinada descripción de la ley; y el hecho es el que se puede considerar tal por hallarse demostrado. Entonces no puede cuestionarse un hecho sino en la medida en que lo esté probado plenamente y sin dudas todos y cada uno de los elementos que lo constituyen.

“Siendo aptos los argumentos expuestos para la demostración del primer cargo para establecer también lo que se acaba de afirmar, puede concluirse que no habiéndose demostrado que las lesiones padecidas por Grajales le hubieran acarreado pertur-

bación funcional, mal podía consignarse esa circunstancia de tanta trascendencia penal en el cuestionario. Al hacerlo se contrarió el mandato del artículo 599 del Código de Justicia Penal Militar y con ello se incurrió en la causal de nulidad del numeral 6º del artículo 441 del mismo Código. Así que, dictado el fallo acusado sin previa corrección de esos vicios, la sentencia del Tribunal debe ser casada”.

b) Causal primera

Subsidiariamente, propone el demandante la causal primera, por violación indirecta de la ley sustancial, pues anota que por errada apreciación de las pruebas se aplicó indebidamente el artículo 205 del Código de Justicia Penal Militar.

Y luego de referirse a los preceptos que regulan los reconocimientos médicos en caso de lesiones personales (Arts. 476 y 505 del C. J. P. M.), expresa que “se llega a la conclusión de que al desechar el dictamen de los médicos de Pereira (Fls. 33 y 67) y adoptar el de los médicos que no examinaron al herido y que se limitaron a seguir las indicaciones que con cita de principios abstractos de un texto de medicina legal les hizo el Comandante del Departamento de Policía Caldas (Fls. 69, 70, 71 y 72), se apreció erróneamente la prueba; aún más, puede decirse que se tuvo como prueba pericial lo que no la constituye; y eso es un error; más que de hecho, de derecho.

“Por este camino se violó...”, continúa... “la ley sustancial, al aplicar indebidamente el inciso 1º del artículo 205 del Código de Justicia Penal Militar, en lugar del inciso 3º del artículo 203 del mismo Código, que es el que en abstracto registró el hecho inculminado”.

El Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional, luego de un estudio detenido de los diferentes cargos propuestos por el actor, pide que se deniegue el recurso de casación, pues no encuentra que resulte demostrada ninguna de las tachas formuladas a la sentencia impugnada.

A las razones del Ministerio Público habrá de referirse la Corte más adelante.

Considera la Corte

En el orden propuesto por el demandante, entra la Corte a examinar las causales de casación propuestas, así:

I

Causal cuarta

Por cuanto los dos cargos que hace el actor a través de este motivo de casación inciden en el alcance que tiene el cuestionario dentro del juicio castrense por el trámite del consejo de guerra verbal, antes del estudio de las tachas propuestas corresponde hacer las siguientes observaciones:

1ª El Código de Justicia Penal Militar, de acuerdo con la norma que trae el artículo 546, indica que "por los procedimientos de los consejos de guerra se fallarán las causas por todos los delitos cuyo conocimiento no esté atribuido a los consejos de guerra verbales o tengan procedimiento especial".

Para el procedimiento ordinario del consejo de guerra simple el estatuto procesal castrense ha previsto el instituto del auto de proceder, con cuya ejecutoria se inicia la etapa del juicio (Arts. 539 y 544 del C. J. P. M.).

No se tiene, en cambio, prevista esa misma manera de proponer los cargos al procesado en los casos de delitos juzgables por el trámite de los consejos de guerra verbales y la causa, en este caso, se inicia "a partir de la formulación de los cuestionarios" (Art. 493, Inc. 3º).

2ª Precisa el artículo 539 del Código de Justicia Penal Militar que para proferir auto de proceder es necesario que esté plenamente comprobado el cuerpo del delito y "resultare, por lo menos, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio o graves indicios de que el procesado es responsable penalmente, como autor o participe del hecho que se investiga".

Y en cuanto al trámite por la vía del consejo de guerra verbal (Art. 566 y ss. del Código citado), cuya convocatoria puede hacerse "exista o no investigación pre-

via", se manda lo que pasa a transcribirse en cuanto a los cuestionarios:

"Artículo 576. Terminada la etapa investigativa, el Presidente del consejo, con la colaboración del Asesor Jurídico, formulará, por escrito, y entregará a cada uno de los vocales, el cuestionario o cuestionarios que se someten a su decisión. El cuestionario o cuestionarios se redactarán en la forma indicada en los artículos 559 y 560 de este Código. Cuando se procede por varios delitos o cuando sean varios los sindicados el Presidente hará preguntas separadas para cada delito y para cada sindicado.

"Artículo 577. Si concluida la etapa investigativa aparecieren demostrados, a juicio del Presidente del consejo, hechos que constituyan delitos de competencia de los consejos de guerra verbales, distintos de los indicados en la resolución de convocatoria, pero en conexidad con ellos se redactarán los cuestionarios respectivos. Si los nuevos delitos no aparecen cometidos en conexidad, se ordenará compulsar copias de lo pertinente para que por quien corresponda se provea lo conducente.

"Artículo 578. Si el presidente del consejo, oído el concepto del Asesor Jurídico, considera que alguno o algunos de los hechos investigados previamente o dentro del consejo no han existido o que la ley no los considera como infracción penal, o que alguno o algunos de los sindicados no los han cometido, o que la acción penal no puede adelantarse o proseguirse, se abstendrá de formular cuestionarios sobre tales hechos o sobre tales sindicados. En este caso, al redactar la sentencia así lo declarará, expresando en ella las razones de orden legal que haya tenido para obrar en esa forma y ordenará la cesación del procedimiento seguido contra el sindicado o sindicados de los hechos a que se refiere esa declaratoria.

"Cuando esta determinación se refiere a la totalidad de los sindicados y de los delitos y, por tanto, no puede verificarse el juicio, el consejo dará por terminada su labor y el Presidente procederá a dictar la sentencia de que trata el artículo 417 de este Código; el concepto del Fiscal será oral y no es obligatorio.

"Artículo 579. En todos los casos, al terminar sus labores el consejo, no debe quedar sin resolver la situación de ninguna persona que haya figurado en el proceso en calidad de sindicado.

"Artículo 580. Una vez elaborados los cuestionarios serán leídos y se agregará copia de ellos al proceso, se suspenderá la sesión y se correrá traslado al Fiscal y a los apoderados, que desde ese momento actuarán como defensores, por tres horas renunciables a cada uno, para que preparen sus alegatos. Pero si fueren varios los procesados el traslado para el Fiscal será de seis horas, también renunciables.

"Vencidos estos términos se reanudará la sesión con asistencia de los sindicados y el Presidente concederá la palabra, por una sola vez, al Fiscal y a los defensores, quienes tienen el deber de hacer uso de ella. También oír a los procesados, si así lo solicitaren.

"Artículo 581. Terminado el debate oral, los tres vocales se constituirán inmediatamente en sesión permanente y secreta para decidir.

"Cada vocal debe dar respuesta escrita a los cuestionarios, separadamente, sin comunicarse con los otros vocales, ni con persona alguna.

"A medida que cada uno de los vocales termine de contestar el cuestionario o cuestionarios entregará sus respuestas al Presidente, quien, con el Asesor Jurídico, hará el escrutinio.

"Terminado éste, se reanuda la sesión plena y el Presidente, en presencia de los procesados y de pies todos los presentes, leerá los cuestionarios, las respuestas de los vocales y el resultado del escrutinio, que será el veredicto del consejo.

"Artículo 582. Acto seguido el consejo entrará en receso y el Presidente, con la ponencia del Asesor, procederá a redactar la sentencia, firmada por el Presidente, el Asesor y el Secretario, se notificará al Fiscal, a los defensores y a los reos en sesión plena".

De las normas transcritas se pone de manifiesto que buscada por el legislador una mayor rapidez en el juicio militar adelantado por el trámite del consejo de guerra verbal, se ha prescindido de la calificación del mérito de la averiguación me-

dante sobreseimiento o auto de proceder, iniciándose la causa con la formulación de los cuestionarios o poniéndose fin a la actuación, si "alguno o algunos de los hechos investigados previamente o dentro del consejo no han existido o que la ley no los considera como infracción penal o que alguno o algunos de los sindicados no los han cometido, o que la acción penal no pueda adelantarse o proseguirse" (Art. 578, ya transcrito).

Vale decir, que en cuanto a los efectos procesales formular o no formular los cuestionarios equivale, con respecto al procedimiento ordinario, al llamamiento a juicio del acusado o acusados, o al sobreseimiento definitivo.

Pero en el aspecto formal, como actos procesales, es obvio que no son la misma cosa hacer esa formulación del cuestionario o cuestionarios o no hacerla y dictar o el auto de proceder o el de sobreseimiento definitivo o el de cesación del procedimiento, por la simple razón de que de estas últimas providencias se ha prescindido en el trámite del consejo de guerra verbal.

3ª De lo inmediatamente antes señalado, se desprende que no pueden hacerse pertinentes para la formulación de los cuestionarios las exigencias de forma previstas para el auto de proceder y de que trata el artículo 540 del Código de Justicia Penal Militar, cuando expresa:

"El auto de proceder contendrá dos partes: una motiva y otra resolutive.

"La parte motiva contendrá lo siguiente:

"a) Una narración breve de los hechos, con indicación del mayor número de datos personales del sindicado, en cuanto ello fuere posible;

"b) La enumeración y análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del delito y de aquellas en que se funde la imputación hecha al procesado;

"c) La calificación genérica del hecho, con indicación de las circunstancias conocidas que lo especifiquen;

"d) Un comentario razonado a las solitudes que hayan hecho las partes.

"La parte resolutive del auto de proceder contendrá el llamamiento a juicio del sindicado por el delito correspondiente el que se determinará con la denominación

genérica que le dé el Código en su correspondiente Título o Capítulo, sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere violado”.

Otra cosa es que el cuestionario o cuestionarios deban ajustarse a los hechos probados y formularse respecto de quién o quiénes se tenga, al menos, esa prueba mínima que precisa el auto de proceder, en lo atinente a su responsabilidad.

Esto se desprende del mandato que en este procedimiento del consejo de guerra verbal se trae, de que no se formulen cuestionarios o cuestionario cuando el hecho no ha existido, o la ley no lo considera como infracción penal, o que alguno o algunos de los sindicados no los han cometido (Art. 578, ya transcrito), pues, a contrario sensu, habrá de proponerse el cuestionario o cuestionarios cuando el hecho ha existido y la ley lo considera como infracción penal y se tiene la prueba necesaria para llamar a juicio en cuanto a la responsabilidad del acusado o acusados.

4º El cuestionario o cuestionarios se redactarán en la forma indicada en los artículos 559 y 560 del Código de Justicia Penal Militar, manda el artículo 576 de esa obra.

Aquellos artículos dicen:

“Artículo 559. El cuestionario se formulará así: ‘El acusado N.N. es responsable, sí o no, de los hechos (aquí se determina el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, especificando los elementos que lo constituyan, y las circunstancias en que se cometió sin darles denominación jurídica?)’.

“Artículo 560. Los vocales deberán contestar el cuestionario con un sí o un no; pero si estimaren que el hecho se ha cometido en circunstancias diversas a las contempladas en el respectivo cuestionario, deberán expresarlo así brevemente en la contestación.

“Parágrafo. Si en el auto de proceder apareciere, o posteriormente se acreditare, que el sindicado obró en estado de grave anomalía síquica, o de enajenación mental, o de intoxicación crónica, se preguntará separadamente sobre estas circunstancias”.

Se ha dicho que en el trámite correspondiente al consejo de guerra verbal no se

profieren ni auto de proceder, ni autos de sobreseimiento definitivo o de cesación de procedimiento (de esto último, del sobreseimiento o de las hipótesis de cesación del procedimiento —cuando la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, por caso— se ocupa el juzgador en la sentencia). Pero al ocuparse de los requisitos del cuestionario o cuestionarios, manda el artículo 576 que se tomen en cuenta, ya se anotó, los artículos 559 y 560. Y el penúltimo alude a que se pregunte a los vocales por “el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder”, con la “especificación de los elementos que lo constituyan, y las circunstancias en que se cometió...” En consecuencia, dado que en el auto de proceder debe señalarse el hecho que se reputa comprobado, y también indicar las circunstancias que lo especifiquen, es obvio que el cuestionario o cuestionarios que se propongan a los vocales dentro del consejo de guerra verbal deben ceñirse al hecho que resulte comprobado y a las circunstancias que lo especifiquen que igualmente aparezcan establecidas.

Y refuerza esta conclusión el tomar en cuenta que dentro del procedimiento ordinario, el cuestionario debe formularse de acuerdo con los cargos que se hayan hecho al procesado al ser llamado a juicio, esto es, conforme al hecho plenamente comprobado y de acuerdo con las circunstancias específicas que modifiquen la responsabilidad (causas agravantes o atenuantes de la sanción) que el juzgador estime acreditadas.

5º Resulta, entonces, que si procesalmente no puede decirse que el cuestionario o cuestionarios, dentro del consejo de guerra verbal, es cuestión equivalente al auto de proceder con que se inicia el juicio en el procedimiento ordinario, en cambio cabe señalar que la pregunta o preguntas que se hagan a los vocales en el juicio seguido por el procedimiento del consejo de guerra verbal debe referirse al hecho y las circunstancias que lo individualicen, de acuerdo con las pruebas.

Pues bien:

Primer cargo

Por cuanto el actor fundamenta esta primera tacha en la identificación procesal

del auto de proceder con el cuestionario o cuestionarios, dentro del trámite previsto para el consejo de guerra verbal, es obvio que este cargo no resulta probado, de acuerdo con las consideraciones previas hechas por la Corte en esta providencia.

No se puede señalar infracción a las formas propias del juicio por ausencia de formalidades que deben cumplirse al proferir auto de proceder, pues este proveído no lo requiere el trámite que legalmente se dio a este proceso. Por tanto, no cabe encontrar violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Segundo cargo

De no haberse ajustado el cuestionario propuesto a los vocales que intervinieron en este proceso a las exigencias puntualizadas por el artículo 576 del Código de Justicia Penal Militar (en concordancia con los artículos 559 y 560 de la misma obra), exigencias cuyo alcance deja determinadas la Corte en las consideraciones previas de este fallo, cabría concluir en que este segundo cargo resulta probado.

Pero, ¿hubo realmente infracción a los preceptos acabados de citar?

Se tiene al respecto

a) Dice el cuestionario: "El acusado, Antonio María Ospina Quiceno, agente de la Policía Nacional, de condiciones civiles conocidas en autos, es responsable, sí o no, de haber disparado, sin intención de matar, su arma de fuego de dotación oficial contra la persona del particular Julio Grajales Valencia, habiéndole causado lesiones que produjeron una incapacidad definitiva de ciento veinte (120) días, quedándole como consecuencia 'una perturbación funcional del miembro inferior derecho de carácter transitoria': hecho ocurrido en el corregimiento de San José de Risaralda, jurisdicción municipal de Risaralda (Caldas), en la noche del diez (10) de mayo de mil novecientos setenta (1970) y cuando el citado agente cumplía funciones inherentes a su cargo?"

El hecho, según la pregunta transcrita, fue especificado como lesiones personales, en el caso de que se ocupa el artículo 205

del Código de Justicia Penal Militar, que dice: "Si la lesión produjere la perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, la pena será de dos a cinco años de presidio y multa de mil a cuatro mil pesos".

Como por mayoría el cuestionario fue respondido afirmativamente, el juzgador en derecho (fallos de primera y de segunda instancia), con aplicación de la norma penal transcrita, impuso a Ospina Quiceno la pena principal de dos años de presidio.

b) Se tiene en la averiguación adelantada la prueba del hecho, conforme fue especificado en el cuestionario?

Afirma el actor que no, pues no resulta demostrado que al ofendido le quedara esa perturbación funcional transitoria de uno de sus miembros inferiores, de que hablan los médicos legistas de Manizales, si se examinan los informes que aparecen a los folios 33 y 67 del expediente.

Y de lo anterior desprende el demandante que a Ospina Quiceno se le juzgó sin cumplir formalidades propias del juicio, pues el cuestionario aludido no reúne las exigencias legales en cuanto a la prueba del hecho porque se averiguó a los vocales, originándose, en consecuencia, una nulidad por infracción del artículo 26 de la Carta.

c) Del informativo aparece, sobre este particular:

1º Informe de la Oficina de Medicina Legal de Pereira, fechado el 22 de mayo de 1970, según el cual, a la víctima "la lesión descrita le ocasionará noventa días de incapacidad, siendo necesario un nuevo reconocimiento": y concepto de la misma Oficina de Medicina Legal, calendado el 15 de junio de 1971, en el que se dice que "el examinado se encuentra recuperado de la herida descrita en el primer reconocimiento y está totalmente cicatrizada. Le ocasionó una incapacidad de 120 días, queda como consecuencia ligera desviación en el eje del muslo y discreta limitación en el movimiento de flexión de la rodilla, que no viene a constituir trastornos funcionales de valor significativo", (Fls. 33 y 67, respectivamente).

2º Consideró el juzgador de primera instancia indispensable aclarar el segundo informe de la Oficina de Medicina Legal de Pereira y, a este objeto, envió el expedien-

te a la Oficina de Medicina Legal de Manizales, ciudad donde funciona el Comando del Departamento de Policía Caldas, habiendo obtenido el siguiente concepto: "Teniendo en cuenta los reconocimientos que obran a los folios 33 y 67 del expediente, la ligera desviación del eje del muslo y la discreta limitación de los movimientos de la rodilla derechos, constituyen perturbación funcional del miembro superior (sic) derecho, reparable y por consiguiente de carácter transitorio" (febrero 3 de 1972, Fl. 70).

Pues bien

Cabe responder que no hubo violación de las normas contenidas en los artículos 559 y 560 del Código de Justicia Penal Militar, pues encuentra la Corte, de una parte, como observa el Procurador Delegado por las Fuerzas de la Policía Nacional, que no puede ponerse en duda la idoneidad científica de los médicos de la Oficina de Medicina Legal de Manizales, quienes anotan la existencia de una perturbación funcional transitoria del miembro inferior derecho, en el ofendido Grajales Valencia; y, de otra, que los conceptos traídos al informativo no se oponen entre sí, sino que se complementan.

En efecto, los médicos legistas de Pereira señalan en la víctima "ligera desviación en el eje del muslo y discreta limitación en el movimiento de flexión de la rodilla", lo cual, si bien no constituye para dichos médicos un "trastorno funcional de valor significativo", no niegan que en últimas ese trastorno funcional se encuentre. Y precisamente es lo que anotan los peritos médicos de Manizales, cuando expresan que "esa ligera desviación del eje del muslo y la discreta limitación de los movimientos de la rodilla derechos, constituyen perturbación funcional del miembro superior (sic) derecho, reparable y por consiguiente de carácter transitorio".

Además, esos elementos de juicio —las pericias médicas— que dieron apoyo al cuestionario, fueron materia del debate ante los vocales y éstos, al responder afirmativamente el cuestionario, aceptan la ocu-

rrencia del hecho en la forma especificada por el juzgador en derecho.

No se violaron las normas que regulan la formulación del cuestionario o cuestionarios dentro del trámite del consejo de guerra verbal, y, por tanto, este segundo cargo no resulta comprobado.

Según el estudio hecho de las tachas que hace el actor a la sentencia recurrida a través de la causal cuarta de casación, corresponde concluir en que dicho motivo no prospera.

III

Causal primera

Apoya el único cargo en las mismas consideraciones que propone el demandante para sustentar los reparos que formula con invocación de la causal cuarta, ya examinada, por lo que debe tomarse como no demostrada la tacha aducida.

No incurrió el juzgador en las instancias en aplicación indebida del precepto que trae el artículo 205 del Código de Justicia Penal Militar, pues al hecho descrito en esta norma se refiere el veredicto dado en el consejo de guerra verbal por los vocales que intervinieron en el juicio.

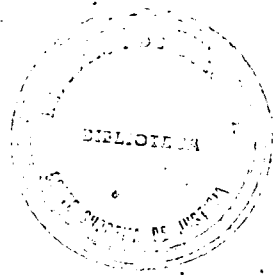
Este motivo de casación, propuesto subsidiariamente por el actor, no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.



CAUSAL PRIMERA. — VIOLACION DIRECTA DE LA LEY.

El artículo 12 de la Ley 16 de 1969 suprimió las penas accesorias, de la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial y en consecuencia no se puede aplicar el artículo 58 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia, — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., trece de septiembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Mediante sentencia del veintidós de octubre de mil novecientos setenta el Tribunal Superior Militar, reformando la de primer grado, condenó a Luis Octavio Ospina Orozco y Marco José Rengifo Varón, Cabo Primero y Dragoneante de la Policía Nacional, en su orden, a la pena principal de doce (12) y once (11) meses de prisión, respectivamente, como responsables del delito de hurto, conforme a hechos ocurridos en el Municipio de El Guamo, Departamento del Tolima, el día seis de agosto del mismo año.

Contra el referido fallo interpusieron los sentenciados el recurso extraordinario de casación, que la Corte declaró admisible por auto del 5 de marzo de mil novecientos setenta y uno. La providencia del treinta y uno de agosto del mismo año declaró ajustada a las exigencias legales la demanda formulada a nombre de Marco José Rengifo Varón, y desierto el recurso respecto de Ospina Orozco, cuyo libelo fue presentado extemporáneamente.

Agotado el trámite propio del asunto, se procede a decidir.

Antecedentes

a) Los hechos ventilados en el proceso han sido compendiados por la Procuradu-

ría Delegada para la Policía Nacional de la siguiente manera, que la Sala reproduce por hallarlos acordes con la realidad procesal:

“En las primeras horas de la tarde del día 6 de enero de 1970, el Cabo Primero Luis Octavio Ospina Orozco y el Dragoneante Marco José Rengifo Varón, el primero en su condición de Jefe del Comisariato de la Escuela de la Policía Nacional ‘Gabriel González’ con sede en el Municipio de El Espinal, y el Dragoneante como matarife de la misma, salieron en un camión de pequeño tonelaje de la Policía Nacional, con destino al Municipio de El Guamo con el objeto de adquirir reses para el suministro de carne al personal de la Escuela y a sus familiares.

“Llegados al Guamo tanto el Cabo como el Dragoneante estuvieron dando unas vueltas y, a eso de las tres de la tarde se reunieron con el agente conductor del vehículo Pablo Erasmo Ramírez Cárdenas en una cantina donde este último departía con el señor Hernando Ospina. Tras consumir algunas cervezas el Cabo le ordenó al Dragoneante y al conductor trasladarse a la finca de un señor Jara o Fara, para recoger una res de propiedad del Coronel Comandante de la Escuela. Cumplida la comisión, nuevamente se encontraron todos en el mismo establecimiento. Al embarque de la res ayudó el sujeto Germán Rodríguez, vaquero de profesión, quien acompañó a los mencionados Dragoneante y conductor hasta los predios del señor Jara.

“Aproximadamente a las cinco y media de la tarde el Cabo Ospina Orozco le ordenó al Dragoneante Rengifo Varón trasladarse a un potrero para ver un ganado que

un negociante le había ofrecido. Regresó el Dragoneante para informar que no se podía adquirir las reses porque no había acuerdo sobre el precio.

“Continuaron en el mismo establecimiento tomando cerveza los tres miembros de la Policía Nacional y los particulares Germán Rodríguez y Hernando Ospina. A eso de las siete de la noche el Cabo ordenó al Dragoneante y al conductor trasladarse con él y con el vaquero Germán Rodríguez a un lugar distante aproximadamente cuatro o cinco kilómetros del Guamo, sobre la desviación de la carretera central denominada carretera de Lemayá. En un punto de esa carretera los estaban esperando dos sujetos, uno de ellos de nombre Helí del Campo Urueña, quien ese mismo día cuando conducía un jeep de color rojo, se había saludado con el Cabo Ospina Orozco a la entrada de la población del Guamo cuando el personal de la Policía venía del Espinal. Se le ordenó al conductor darle la vuelta al camioncito de la Policía de manera que su parte trasera quedara contra unos potreros cuya cerca de alambre fue cortada. A la luz de las bombillas traseras del vehículo, tanto los particulares como el Cabo y el Dragoneante se dedicaron a embarcar dos reses procedentes de uno de los potreros aledaños a la carretera. Todo esto fue observado por algunos trabajadores de la finca denominada El Toboso de propiedad del abogado Jorge Sabogal, propietario además de las reses subidas al camión.

“Esos trabajadores de nombres Cristóbal Lozano y su hijo Alvaro, cuando arrancó a muy escasa velocidad dispararon una escopeta, por lo cual el vehículo trató de parar, pero ante un segundo disparo aceleró la marcha y desapareció rumbo a la carretera principal El Guamo El Espinal.

“A eso de las nueve y media de la noche regresaron el Cabo, el Dragoneante y el conductor de la Escuela. El primero de ellos dio parte al Coronel Director que en esos momentos salía del Casino y, luego de desembarcar las reses cada cual se fue para su casa.

“Al día siguiente los trabajadores informaron el hecho al señor Elías Sabogal padre del propietario de las reses, quien se trasladó a la Escuela Gabriel González y tras comunicar lo sucedido al Director de

la misma, en compañía de éste y del trabajador Cristóbal Lozano reconoció por sus marcas una de las reses. Además, le hizo saber al Director que desde tres o cuatro meses atrás venía desapareciendo ganado en la misma forma, habiendo tenido conocimiento de que algunas personas tenían la impresión de que el ganado obtenido de esa manera era transportado en vehículos de la Policía”.

b) Con fundamento en la denuncia recibida del señor Elías Sabogal y los informes del Cabo Primero Luis Octavio Ospina, del Dragoneante Marco José Rengifo Varón y del agente conductor Pablo Erasmo Ramírez Cárdenas, el Juzgado 75 de Instrucción Penal Militar abrió la correspondiente investigación el 9 de agosto de 1970;

c) Incorporados al informativo los elementos de juicio que se estimaron conducentes, el 18 del mismo mes pasó el sumario al Juzgado de primera instancia, de donde se remitió en la misma fecha al Auditor Auxiliar de Guerra número 31 para el concepto de que trata el artículo 567 del Código de Justicia Penal Militar. Oído el Auditor, por Resolución número 053 de 1970 (agosto 18) el juez de primera instancia convocó el consejo de guerra para juzgar a los procesados Luis Octavio Ospina Orozco y Marco José Rengifo Varón. La audiencia culminó con sentencia condenatoria el 31 del referido mes, dictada en armonía con el veredicto mayoritario del consejo;

d) Apelado el fallo de primera instancia, subió el proceso al Tribunal Superior Militar, Corporación que lo reformó mediante el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda

Causal cuarta

Sentencia dictada en un juicio viciado
de nulidad

Primer cargo

La sentencia recurrida es violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto se dictó en un proceso en el cual no se observó la plenitud de las formas pro-

pías de cada juicio. Tal inobservancia consiste en haberse dejado de aplicar los artículos 521 y 522 del Código de Justicia Penal Militar durante la etapa del sumario. Más tarde, durante la audiencia del consejo de guerra verbal, su Presidente dispuso la detención preventiva de ambos sindicados, sin proferir una providencia con los requisitos exigidos por el artículo 526 ibídem. Como tampoco se ordenó la detención preventiva en la sentencia de primera instancia, se infringió por modo flagrante la garantía consagrada en el artículo 23 de la Carta, conformándose así una nulidad suprallegal. Se advierte, de otro lado, que como los procesados fueron suspendidos en el ejercicio de sus funciones y atribuciones a pesar de no existir contra ellos auto de detención, con la consecuencia arbitraria de estar devengando medio sueldo por aplicación del parágrafo del artículo 525 del Estatuto penal castrense, tal circunstancia estructura también una nulidad suprallegal, quebrantándose igualmente el artículo 26 de la Constitución Política.

Respuesta del Ministerio Público

Acepta el Procurador Delegado que en el presente proceso no se dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 521 del Código Penal Militar, en cuanto tal norma dispone que dentro de las 24 horas siguientes al término de la indagatoria se dictará auto de detención o se pondrá en libertad incondicional al sindicado. En cuanto respecta al auto de detención, debe presumirse que desde la iniciación del sumario hasta el momento en que se produjo el veredicto, no se encontró mérito para aplicar el artículo 522 citado. En cuanto se refiere a la libertad incondicional de los sindicados, no había lugar a ello, porque éstos al momento de rendir la indagatoria y al terminar ésta se encontraban libres. Pero aunque hubiese existido mérito para ordenar la detención precautelativa o hubiese sido procedente disponer la libertad incondicional después de la indagatoria, al no haberlo hecho implica una simple informalidad, no erigida en nulidad por el artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar.

El mismo argumento tiene validez frente a la orden de detención impartida por el presidente del consejo de guerra verbal una vez conocido el veredicto mayoritario de aquel cuerpo. Y resumiendo su criterio sobre este aspecto de la acusación expresa el Procurador:

“Las nulidades consagradas en la ley, bien sean de carácter absoluto o relativo, según afecten todo el proceso o un complejo de actuaciones del mismo, o única y exclusivamente el valor de determinada actuación, en el caso del procedimiento penal militar están establecidas en el artículo 441 las primeras y en distintos cánones las segundas. Siendo principio de derecho procesal penal que los jueces no tienen autonomía para establecer o aplicar causales de nulidad distintas de las señaladas en la ley, y, no siendo la omisión del cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 521, 522 y 526 del citado estatuto penal castrense causales de nulidad contempladas en la ley, forzoso es concluir que se trata de simples informalidades que no afectan la validez del proceso, aunque sí pueden dar origen a sanciones de carácter penal.

“Para garantizar el derecho a la libertad el constituyente consagró en el artículo 23 de la Carta, entre otras garantías, como por ejemplo la inviolabilidad del domicilio, la que atañe al origen y modo como debe procederse para privar de la libertad a un ciudadano. La ley, estableció instrumentos, *verbi gratia* la acción de *habeas corpus*, para evitar que el desconocimiento del derecho a la libertad vaya más allá de unas pocas horas. De igual manera, la ley sustantiva elevó a calidad de delito la privación injusta de la libertad de las personas. En esta forma quedó especialmente tutelado el derecho de libertad, independientemente de aquellas garantías establecidas en los artículos 26 y 28 de la Carta fundamental, que como se dijo en líneas anteriores, pretende llevar hasta sus últimas consecuencias el derecho de defensa en materia judicial”.

Corolario de lo expuesto por el representante del Ministerio Público, es que no debe prosperar el primero de los cargos aducidos al amparo de la causal cuarta.

Segundo cargo

La sentencia acusada es nula, porque se incurrió en error relativo a la denominación jurídica del delito ya que conforme a la prueba los procesados no cometieron la infracción que describe y reprime el artículo 397 del Código Penal, sino el de encubrimiento, establecido en el artículo 200 del mismo estatuto. La nulidad propuesta se halla prevista en el numeral 2º del artículo 441 del Código Penal Militar. La sentencia recurrida no especificó la norma sustancial violada, como lo dispone el artículo 420 ibídem.

En desarrollo del cargo el actor transcribe y analiza algunos testimonios, destaca una contradicción entre la opinión del Auditor de Guerra que emitió concepto previo a la convocatoria del consejo de guerra y la calificación que posteriormente hicieron los jueces de primero y segundo grados.

Respuesta del Procurador

Después de expresar el Agente del Ministerio Público que con la tacha propuesta se busca el examen de la prueba a través de la causal cuarta, para obtener, no un pronunciamiento sobre la responsabilidad del procesado Rengifo Varón, sino para demostrar la equivocada calificación del ilícito a la técnica propia del recurso, lleva a término un exhaustivo análisis del contenido probatorio del proceso, prolija tarea que le permite concluir:

“De todo lo anterior, es decir, de la abundante prueba que surge de la realidad procesal, está plenamente acreditado que tanto el Cabo Primero Ospina Orozco como el Dragoneante Rengifo Varón, juntamente con algunos particulares sustrajeron de predios de la hacienda El Toboso y sin el consentimiento de su dueño, dos semovientes —para el caso bienes muebles— con el ánimo de obtener un provecho indebido, incurriendo, por consiguiente, en el delito de hurto que define y sanciona el Código Penal en su artículo 397”.

Y para refutar el otro aspecto de la acusación, propuesto a título secundario dentro del segundo cargo, vale decir, que la sentencia recurrida “viola el numeral g)

del artículo 420 del Código de Justicia Penal Militar, por cuanto que allí no se expresó en forma clara cuál era la norma aplicable al caso concreto...”, ya que el Tribunal se limitó a invocar el Capítulo I del Título XVI, Libro Segundo del Código Penal, razona el colaborador:

“Para refutar este argumento, parece suficiente observar que en el mencionado Capítulo I, solamente, en sus cuatro artículos, se contempla un solo delito definido en el artículo 397 agravado o cualificado si se quiere por las circunstancias señaladas en el artículo 398 o por razón de la cuantía que aparece indicada en el 399. En el caso que nos ocupa, indudablemente se trata de la infracción definida en el artículo 397 y agravada por algunas de las circunstancias del artículo 398, pero en ningún caso podría aceptarse que se trata del caso que contempla el mencionado artículo 399. En consecuencia, teniendo en cuenta el inciso 2º del “considerando” (página 5) del fallo de segunda instancia, y el numeral 3º de la parte resolutive del mismo, no cabe duda de que la mencionada corporación cumplió con lo dispuesto en el literal g) del artículo 420 del Código Penal Militar en cuanto a que citó “las disposiciones legales aplicables”.

Deben rechazarse, en su sentir, las tachas propuestas en la esfera de la causal cuarta.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley sustancial

Cargo único

El fallo recurrido es violatorio de la ley sustancial porque habiendo suprimido el artículo 12 de la Ley 16 de 1968 la pena accesoria consistente en la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, al Dragoneante Marco José Rengifo Varón se le impuso tal pena accesoria. Y como en lugar de aplicar el mencionado artículo 12 se aplicó el artículo 58 del Código Penal, se produjo una infracción directa de la primera de tales normas, con la correlativa aplicación indebida de la segunda.

Respuesta del Ministerio Público

Considera, al refutar la impugnación, que si la Ley 16 de 1969 —artículo 12 invocado por el demandante— no le es aplicable al procedimiento penal militar porque en nada se refiere a éste, es necesario comprobar si existe en dicho estatuto vacío al respecto. Lo relativo a las penas accesorias está expresamente reglamentado en los artículos 39, 41 y 49 del Código Penal Militar. En el artículo 41 se hace la enumeración de las penas accesorias y en el artículo 49 se indica que "...las penas de presidio y prisión impuestas a los militares llevan consigo, como penas accesorias ... la pérdida del sueldo o pensión de retiro de carácter militar y la pérdida de recompensas y demás prestaciones militares por servicios anteriores". También pueden imponerse en los mismos casos a los civiles o particulares..., "la pérdida de toda pensión o jubilación de carácter oficial..."

Del contenido de los artículos 39, 41 y 49 del Código Penal Militar se desprende que no existe vacío en tal estatuto, y por tanto no hay lugar a darle aplicación al artículo 299 ibídem, recurriendo a los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil. Y no habiendo lugar a tal aplicación, es evidente que pierde toda eficacia el cargo formulado dentro del ámbito de la causal primera.

Concluye el Procurador expresando que las razones por él aducidas para responder a los cargos formulados en la demanda con apoyo en las causales 4ª y 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 597 del Código Penal Militar, son suficientes para solicitarle a la Corte que no case la sentencia recurrida.

La Corte considera

Causal cuarta

Primer cargo

1. Asiste razón al Procurador cuando afirma, al refutar el primero de los cargos formulados dentro del ámbito de la causal cuarta, que aun en el caso de que hubiese

existido mérito para ordenar la detención precautelativa de los sindicatos o hubiera sido procedente disponer la libertad incondicional después de la indagatoria, la pretermisión de tales medidas no está erigida en causal de nulidad por el artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar. Y es sabido que los jueces no pueden ampliar *ad libitum* esos motivos de invalidez, taxativamente señalados por la ley.

Tampoco puede aceptarse que los motivos aducidos por el actor quebrantaron las bases esenciales del juzgamiento, conculcando por modo absoluto el derecho de defensa de los procesados, y, correlativamente, los intereses de la justicia, estructurando así una nulidad constitucional o suprallegal.

Otros son los caminos que la ley prevé cuando se demuestre que se ha violado el derecho a la libertad individual, inclusive el de la acción penal en casos de detención arbitraria. Se trata, pues, de dos esferas distintas, que no pueden confundirse para sustentar tachas con apoyo en la causal cuarta de casación, que deben fundarse de manera exclusiva en alguno o algunos de los motivos que el legislador señaló limitativamente, o en aquellos de más alto rango, por su extrema gravedad, que la doctrina ha elaborado en torno a las garantías fundamentales consagradas en el artículo 26 de la Carta.

El cargo, en síntesis, no prospera.

Causal cuarta

Segundo cargo

2. Se recordará que el segundo cargo lo formula el demandante diciendo que "se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, pues no se trata de un delito de hurto sino de encubrimiento", causal de nulidad prevista en el artículo 441, numeral 2º, del Código de Justicia Penal Militar.

Ya del tema trata la sentencia de segundo grado, que se ocupó de analizar la prueba de autos para concluir, previa cita de un tratadista nacional, que la calificación jurídica adecuada a los hechos materia del proceso, en cuanto a los sentenciados Ospina Orozco y Rengifo Varón concierne, es

el de hurto, y no el de encubrimiento. Y a propósito de la acusación extraordinaria ante la Corte el Procurador examina de nuevo el contenido probatorio del proceso, no con la finalidad de proponer un replanteamiento valorativo de la prueba en torno a la responsabilidad de los procesados, cuestión improcedente en los juicios que se ventilan con intervención del jurado o de los consejos de guerra, sino para demostrar la inexistencia del error jurídico invocado.

En esa labor de confrontación y análisis examina los testimonios del agente conductor Ramírez Cárdenas; de los particulares Alvaro Lozano Bonilla, Cristóbal Lozano y José Manuel Urueña; del Sargento de Policía Luciano Efraín Benavides. Se refiere igualmente a las indagatorias del Cabo 1º Luis Octavio Ospina Orozco y del Dragoneante Marco José Rengifo y de los particulares Germán Rodríguez Flórez y Helí Campo Urueña, y, finalmente, a los caereos cumplidos entre los procesados y entre éstos y testigos particulares. Concluye el colaborador —con inquestionable acierto— que de la hacienda “El Toboso” fueron sustraídos dos semovientes sin el consentimiento del dueño y con el ánimo de obtener un provecho indebido, hechos que estructuran el delito de hurto, conforme al artículo 397 del Código Penal, y de los cuales el consejo de guerra encontró responsables, en este proceso, a Luis Octavio Ospina Orozco y a Marco José Rengifo, Cabo Primero y Dragoneante de la Policía, respectivamente.

3. En cuanto al cargo colateral de que la sentencia acusada infringe la letra g) del artículo 420 del Código de Justicia Penal Militar, por cuanto “no se expresó en forma clara cuál era la norma aplicable al caso concreto...”, basta observar que el referido fallo cita y transcribe literalmente el texto del artículo 397 del Código Penal, con expresa mención de las circunstancias de agravación previstas por el 398 ibídem en sus ordinales 5º y 7º. Ello, unido a la invocación del “Capítulo I del Título XVI del Libro 2º del Código Penal”, hecha en la parte resolutive, demuestra que la tacha carece de fundamento y que la sentencia cumplió con la regla establecida en la letra g) del memorado artículo 420, citando las disposiciones legales aplicables.

Consecuentemente, tampoco por este aspecto prospera la acusación.

Causal primera

Cargo único

4. No ocurre lo mismo en cuanto al cargo único aducido al amparo de la causal primera, conforme al cual el fallo recurrido es violatorio de la ley sustancial, porque habiendo suprimido el artículo 12 de la Ley 16 de 1969 la pena accesoria consistente en la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, se le impuso tal pena accesoria al procesado recurrente, Marco José Rengifo Varón.

En verdad, la norma aplicable era la contenida en el mencionado artículo 12 de la Ley 16 de 1969, y no el 58 del Código Penal, porque el precepto sustantivo que en este caso describe la conducta atribuida al procesado Varón Rengifo es el artículo 397 de esta última obra, y no otra del Código Penal Militar, razón por la cual la supresión prevista en el artículo 12 era de imperativo cumplimiento al individualizar la sanción. Lo anterior significa que sobre tal punto no asiste razón al Procurador cuando expresa, al contestar el cargo, que la disposición aplicable era la contenida en el artículo 49 del estatuto castrense. Demostró, pues, el impugnante que la sentencia recurrida infringió, con infracción directa, el tantas veces citado artículo 12 de la Ley 16 de 1969.

Al aceptarse como justificada la causal primera en el aspecto estudiado, la Sala casará parcialmente el fallo recurrido y dictará el que deba reemplazarlo, al tenor del artículo 583, regla primera, del Código de Procedimiento Penal.

Decisión

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, en el sentido de suprimir de la misma, con relación al procesado Marco José Rengifo

Varón, la sanción accesoria de "pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial". En lo demás rige el fallo acusado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal Superior Militar.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

AUTO DE PROCEDER. — SU EJECUTORIA

La providencia ejecutoriada se convierte en ley del proceso y cuando se trata de una que tenga el carácter de calificar el mérito del sumario, clausura de manera definitiva la correspondiente etapa anterior y no puede volverse sobre ella, quedando a salvo, eso sí, las nulidades en caso pertinente. — Consecuencia de la ejecutoria de un auto calificadorio del proceso, es que él señala el ámbito para la actividad tanto del juez como de las partes, no pudiendo, en ningún caso, hacer más gravosa la situación para el procesado en la sentencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., trece de septiembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Agotada la tramitación correspondiente procede la Corte a decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga contra la sentencia proferida por esa Corporación el 6 de octubre de 1972 mediante la cual fue modificada la de primera instancia para condenar al procesado José de Jesús Garcés Murillo a la pena principal de cuatro años de presidio, como responsable del delito de homicidio en Benigno Ruiz Cardona.

Hechos

Pueden sintetizarse así: El 20 de mayo de 1968 Garcés Murillo, formuló denuncia penal contra Ruiz Cardona por delito contra el honor y la libertad sexuales que afirmó había cometido en su hija natural Ligia Cardona, de 15 años de edad. Obtuvo boleta para la captura del denunciado. En las horas de la noche del día siguiente fue

a acompañar a dos agentes del F-2 con el objeto de lograr la aprehensión. Cuando ya estaba cerca a él y lo identificó, aquél salió en carrera, por lo cual Garcés, con una pistola "hechiza" le hizo un disparo. Ruiz continuó su huida, pero fue alcanzado por los agentes de la autoridad. El lesionado murió posteriormente y su heridor fue detenido.

Actuación procesal

El Juzgado Penal Municipal de Zarzal (Valle); dentro de cuyo perímetro urbano ocurrieron los hechos que vienen de reseñarse, inició la investigación en ese mismo día (Fl. 3 v.). Decretó y practicó numerosas pruebas, oyó en indagatoria a Garcés Murillo (Fls. 6 ss.) y le dictó auto de detención (Fls. 21 ss.). El Juzgado 1º Superior de Tuluá, luego de decretar otras pruebas, cerró la investigación (Fl. 44) y por auto de 29 de julio de 1968 y no 88 como en su lugar se lee, llamó a responder en juicio criminal a José de Jesús Garcés Murillo por el delito de homicidio en Benigno Ruiz Cardona, pero consignando de manera expresa y sin que quedara lugar a la menor de las dudas, que su acto quedaba cobijado por el artículo 382 del Código Penal, puesto que se daban los presupuestos en él exigidos (Fls. 47 ss.). Esta providencia no fue recurrida. Previos los trámites de rigor, el Juzgado 2º de igual categoría

de la misma ciudad, al cual hubieron de pasar las diligencias, celebró la respectiva audiencia pública la cual culminó con el siguiente veredicto: "No es responsable. Actuó en legítima defensa de su honor" (Fl. 78). En desarrollo de esa veredicción, el Juzgado del conocimiento dictó sentencia absolutoria (Fls. 87 ss.). Subidas las diligencias en consulta al Tribunal Superior de Buga, la Corporación por auto de 16 de febrero de 1971 luego de criticar acerbamente al de proceder y de afirmar que se estaba frente a un homicidio simplemente voluntario, lo cual debería ser tenido en cuenta en su debida oportunidad por el Juzgado de primera instancia, a quien señalaba la obligación y el deber de elaborar el cuestionario de acuerdo con esta pauta, declaró el veredicto contrario a la evidencia de los hechos y ordenó la convocatoria de nuevo jurado. En la segunda audiencia pública el Fiscal pidió al jurado "un veredicto afirmativo de la responsabilidad de Garcés pero sin atenuantes de ninguna naturaleza". El defensor, por su parte, planteó varias tesis, entre ellas, la de la legítima defensa del honor y la de la existencia de los requisitos exigidos por el artículo 382 del Código Penal, temas sobre los cuales se extendió (Fls. 122 ss.). Por unanimidad el jurado profirió el siguiente veredicto: "Sí es responsable, pero obró sin intención de matar y con notorio e intenso dolor" (Fl. 121). El Juez Primero Superior de Cartago, Despacho al cual habían pasado estas diligencias en virtud de una de las reformas judiciales, interpretó el veredicto en el sentido de condenarlo por homicidio preterintencional (C. P., Art. 365) y también con reconocimiento de lo dispuesto en el artículo 382 del Código Penal, por lo cual condenó al procesado a la pena principal de 12 meses de presidio, a más de las accesorias de rigor (Fls. 126 ss.). Cuando el Tribunal conoció por vía de consulta de esta providencia, manifestó que de acuerdo con un auto por medio del cual decretó la contraevidencia, se estaba frente a un homicidio simplemente voluntario por lo cual, habiéndose descartado la modalidad del 382, apenas podía aceptarse del jurado la declaratoria de preterintencionalidad y, así, modificó la sentencia de primera instancia para fijar una pena privati-

va de la libertad de cuatro años de presidio, confirmándola en todo lo demás (Fls. 143 ss.). Contra este último fallo interpuso el Fiscal Primero de esa entidad el recurso extraordinario de casación que se viene desarrollando.

La demanda

El censor invoca como causales de casación "la primera y cuarta, en conexidad, y la segunda, como subsidiaria, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal". Siguiendo el orden lógico se estudiará en primer término la referente al planteamiento de una nulidad, aun cuando se alega como consecuencia de la primera.

Causal cuarta

Nulidad del juicio por violación "en materia grave del artículo 26 de la Constitución Nacional y 483 del Código de Procedimiento Penal".

En la parte motiva del auto de proceder se incurrió en el yerro grave y sustancial de dar como cierto que el sindicado Garcés Murillo "era padre de la menor Ligia Cardona Alzate y por consiguiente se hacía acreedor a la atenuante de homicidio contemplada en el artículo 382 del Código Penal". Eso creó una confusión que se patentizó en la audiencia y se extendió a los funcionarios que posteriormente tuvieron el conocimiento de este negocio; por ejemplo: cuando el Tribunal de Buga, al decretar la contraevidencia del primer veredicto, "considera el comportamiento antijurídico como homicidio simplemente voluntario sin atenuantes específicas". Lo anterior dificultó la defensa que se hizo vacilante, "contribuyendo así al origen de inseguridades e indefiniciones en el jurado de conciencia". El segundo veredicto puede ser completo o incompleto: para el juez de primera instancia fue completo, considerándolo como homicidio dentro de las modalidades de los artículos 382 y 365 del Código Penal. Para el Tribunal también fue completo pero como condenatorio por homicidio simplemente voluntario, siendo así consecuente con su auto de 16 de febrero de 1972. Con cita de jurisprudencia de la Corte establece cómo el au-

to de proceder "es la pieza fundamental del expediente en la cual debe incluirse en forma clara y nítida el pliego de cargos al acusado, sin que en él se presenten consideraciones arbitrarias o situaciones que den lugar a interpretaciones acomodaticias, confusiones, imprecisiones o anfibologías", para concluir que si lo anterior afecta la parte motiva del auto de proceder, con mayor razón "lo será el falseamiento a la verdad ya que ésta es una de las fuentes principales de los vicios anotados". Luego la defensa fue afectada y también el Estado en su poder sancionador. De donde concluye que se han violado los artículos 26 de la Constitución y 483 del estatuto procesal penal.

Causal primera

Una "apreciación errónea de la prueba por el error de hecho evidente dio lugar a la infracción de la ley sustantiva (sic) penal al aplicar una norma cuyo contenido no tenía presencia por ninguna parte en el expediente. Se trata del artículo 382 del Código Penal".

Sostiene: En el auto de proceder se tomó como prueba de que Ligia Cardona Alzate era hija del sindicato, la sola indagatoria de éste, desechando lo manifestado por la propia Ligia cuando niega tal vínculo y la denuncia penal formulada por el propio Garcés Murillo, en la que afirma tener una simple vinculación material con aquélla, derivada únicamente de su vida en contubernio con la madre de la menor. Luego se reconoció arbitrariamente aquella paternidad. Como hay certeza de que Ligia no es hija del sindicato, "La consideración contraria del juez incidió definitivamente en la calificación del sumario aplicando indebidamente una norma, concretamente el artículo 382 del Código Penal, cuyo texto es claro y de interpretación literal, sobre todo en lo atinente al parentesco de las personas". Ampliarlo a otros campos es llegar a lo arbitrario.

Causal segunda

"Sentencia de segunda instancia en desacuerdo con el veredicto del jurado":

Luego de transcribir el cuestionario propuesto a la consideración del jurado, argu-

menta: como en aquél se interrogó al tribunal popular por la responsabilidad acerca de un homicidio cometido dentro de las modalidades del artículo 382 del Código Penal, si éste hubiera querido condenar por uno simplemente voluntario así hubiera tenido que expresarlo. A cada uno de sus integrantes se entregó copia del auto de proceder en donde se reconocía expresamente aquella modalidad. Luego el jurado no podía agravar la situación del procesado sin violar el artículo 26 de la Constitución. El Fiscal en la audiencia desestimó las circunstancias del 382 siguiendo el criterio del Tribunal. La defensa "sí esbozó la circunstancia modificadora consignada en el auto de proceder". Si se examinan los términos del cuestionario y si se tiene en cuenta que al tribunal de conciencia se le entregó copia de la providencia enjuiciatoria, debe concluirse que aquél sí declaró la circunstancia del 382. El auto de proceder, el veredicto y la sentencia deben guardar armonía y ninguno de los últimos puede exceder al primero. "De acuerdo con lo expresado se violó el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 26 de la Constitución Nacional". Como petición final con relación a este cargo solicita: "Revocación de la sentencia impugnada para que se desarrolle el veredicto conforme a los términos consignados en el mismo".

Concepto del Ministerio Público

En lo fundamental expresa: "La Procuraduría Primera Delegada en lo Penal se abstiene de hacer uso de las facultades legales para ampliar la demanda, la que tampoco controvierte por cuanto, como repetidamente se ha sostenido, tanto el Fiscal recurrente como la Procuraduría Delegada forman la unidad Ministerio Público y sería de contradicción inexcusable actuar como parte recurrente y no recurrente al mismo tiempo".

Consideraciones de la Sala

Primero

Causal cuarta

Nulidad del juicio por violación "en materia grave del artículo 26 de la Constitu-

ción Nacional y 483 del Código de Procedimiento Penal”.

Este cargo no puede prosperar. En efecto: en cuanto hace relación a una posible violación del artículo 26 de la Carta, por una parte no se especifica cuál de las garantías procesales que él comprende fue la desconocida, omisión que no puede entrar a subsanar la Corte y, por otra, como se apreciará en la consideración del último cargo, no se presenta aquel estado que pudiera dar lugar a “consideraciones arbitrarias o situaciones que den lugar a interpretaciones acomodaticias, confusiones, imprecisiones o anfibiologías”. Otra cosa es que se haya pretendido plantear la situación procesal en ese sentido, riñendo con la realidad de lo consignado en las diversas piezas del expediente. Y, en cuanto hace relación a la posible violación de la norma 483 del estatuto procesal penal, la sola atenta lectura del auto enjuiciatorio lleva a la conclusión de que en cuanto hace a los “Requisitos formales” que exige la ley para proferir esa clase de providencias, ellos se cumplieron a cabalidad.

En consecuencia, este cargo no prospera.

Segundo

Causal primera

Una “apreciación errónea de la prueba por el error de hecho evidente dio lugar a la infracción de la ley sustantiva (sic) penal al aplicar una norma cuyo contenido no tenía presencia por ninguna parte del expediente. Se trata del artículo 382 del Código Penal”.

Este cargo tampoco está llamado a prosperar: No expresa qué clase de infracción de la ley sustancial es la que plantea, si bien podría considerarse que ella obedeció a una aplicación indebida de aquélla. Pero no concreta cuál ha debido ser la aplicación. De otra parte, lo que se pretende es reabrir el debate probatorio, lo cual no puede aceptarse porque como lo tiene enseñado esta Corporación “...no es procedente aducir la infracción indirecta en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la ca-

lificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los que ha versado el debate.

“Y es que, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente (casación de 22 de agosto de 1969 y 6 de octubre de 1971, entre otras), en la clase de juicios últimamente citados, los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo o moral convencimiento, y con su veredicto precluye la controversia sobre las mismas. Sólo en el caso de que la veredicción sea manifiestamente contraria a la evidencia de los hechos probados, pueden los juzgadores de las instancias declararlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado, cuyo veredicto es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias y no puede, por tanto, plantearse al través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (Art. 580 del C. de P. P.)” (a más de las citadas, casaciones de 8 de mayo de 1970, 24 de febrero de 1972, 19 de agosto de 1972 y 14 de agosto de 1973).

Por tanto este cargo no prospera.

Tercero

Causal segunda

“Sentencia de segunda instancia en desacuerdo con el veredicto del jurado”.

Antes de entrar a confrontar el cargo con las piezas procesales pertinentes, es necesario tener en cuenta las siguientes nociones fundamentales acerca del auto de proceder, de su ejecutoria, de la armonía que debe reinar entre aquél, el cuestionario, el veredicto y la sentencia y de la principal característica del segundo veredicto emitido por el jurado, a lo cual se procede, así:

“El auto de proceder, llamado también de enjuiciamiento o de vocación a juicio —ha sostenido la Corte—, es el “pliego de cargos” que el Estado, a través de un órgano jurisdiccional competente, presenta al procesado para que se defienda por los medios lícitos que crea convenientes. En él se formula al procesado una determinada acu-

sación, por uno o varios delitos; se concreta el objeto de la relación jurídica; se delimita el ámbito del juicio, y se sientan las bases de la sentencia, que ha de decidir el asunto condenando o absolviendo al inculcado por las infracciones que en él se le hayan atribuido" (Gaceta Judicial, Tomo CXXXIII, Pág. 170).

De acuerdo con el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal: "Momento de la ejecutoria", "Toda providencia en el proceso penal queda ejecutoriada cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno dentro del término legal y no debe ser consultada". La providencia ejecutoriada se convierte, pues, en ley del proceso y cuando se trata de una que tenga el carácter de calificar el mérito del sumario, clausura de manera definitiva la correspondiente etapa anterior y no puede volverse sobre ella. De lo contrario los procesos se harían inacabables. De esa manera, el proceso se va apuntalando firme y definitivamente, quedando a salvo, eso sí, las nulidades, en caso pertinente. Consecuencia de la ejecutoria de un auto calificadorio del proceso, es que él señala el ámbito para la actividad tanto del juez como de las partes, no pudiendo, en ningún caso, hacerse más gravosa la situación para el procesado en la sentencia.

Con relación a la armonía que debe existir entre el auto de proceder, el cuestionario que debe someterse a la consideración del jurado en los juicios en que éste interviene y su veredicto y la sentencia que lo desarrolla, es preciso tener en cuenta las siguientes disposiciones del Código de Procedimiento Penal:

"Artículo 533. Cuestionario al jurado. 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 hechos materia de la causa conforme al auto de proceder determinando las circunstancias que lo constituyan, sin darles denominación jurídica)".

"Artículo 519. Concordancia de la sentencia con el veredicto. En los procesos con intervención del jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate".

De ahí que la Corte haya dicho con toda razón:

"Entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia debe hacer consonancia, porque el auto de proceder es el pliego de cargos que la sociedad le hace al sindicado; el veredicto es la clasificación que da el jurado a los hechos de que se vindica al culpable en el enjuiciamiento, y la sentencia es la aplicación de los preceptos de derecho a los hechos calificados por el jurado (C. de P. P., Arts. 431, 480, 499 y concordantes). Pero es necesario saber hasta dónde debe llegar aquella consonancia o armonía. En los juicios por jurado no le corresponde al juez de derecho sino aplicar las sanciones al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que acompañan al agente y su personalidad (C. P., Art. 33). Pero en cuanto a los hechos con las circunstancias que los especifiquen o modifiquen, tiene que atenerse rigurosamente a la calificación que el jurado les dé (C. de P. P., Art. 480), o, si encuentra que el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos, debe así declararlo y convocar un nuevo jurado (Art. 537). De no ser así se desvirtuaría, o, mejor, se desconocería la institución del jurado".

En resumen de lo anterior se tiene: cuando no es rechazado el veredicto por alguna causa legal, la sentencia debe dictarse en concordancia con él. Agréguese a lo anterior que el proferido por el segundo jurado es definitivo (C. de P. P., Art. 565, inc. 3º), y, en consecuencia, obligatorio para el fallador.

Aplicando lo dicho al caso concreto que ocupa a la Sala, se considera: En el auto de proceder se reconoció de manera expresa que el sindicado José de Jesús Garcés Murillo al lesionar mortalmente a Benigno Ruiz Cardona, obró dentro de las circunstancias atenuantes de responsabilidad previstas en el artículo 382 del Código Penal. Esa providencia quedó ejecutoriada y así, el Tribunal por medio de la suya que decretó la contraevidencia del primer veredicto, no podía reformarla ni modificarla en manera alguna. Continuaba siendo ley del proceso.

A la consideración del segundo jurado fue sometido el siguiente cuestionario:

"Diga el jurado si el acusado José de Jesús Garcés Murillo, de condiciones personales señaladas en el auto de proceder es responsable, conforme a éste, de haber ocasionado intencionalmente la muerte a Benigno Ruiz Cardona, con arma de fuego, hecho que ejecutó en la noche del día lunes 21 de mayo de 1968 en el perímetro urbano de la población de Zarzal (V.)?" (Fls. 121).

Nótese que en la pregunta se hace relación exacta y precisa a la motivación y circunstancias del hecho, conforme al auto de proceder, teniéndose que entender por tal, aquella primera pieza ejecutoriada que no podía ser modificada caprichosamente por el Tribunal al decretar una contraevidencia. El veredicto proferido por unanimidad como respuesta a esa cuestión fue el siguiente: "Sí es responsable, pero obró sin intención de matar y con notorio e intenso dolor" (Fl. 121). Con ese veredicto, que es obligatorio por tratarse del segundo en este proceso, Garcés Murillo fue condenado por un homicidio cometido dentro de las modalidades del artículo 382 del Código Penal y con el carácter de preterintencional del artículo 365 del mismo estatuto. En consecuencia la sentencia tenía que dictarse sobre las bases de auto de proceder y veredicto, en la forma en que se deja señalado. Así obró el juez de primera instancia. Mas el Tribunal resolvió desconocer el verdadero auto de proceder y tomando por tal aquel por medio del cual decretó la contraevidencia, condenó al procesado por homicidio simplemente voluntario en la modalidad de preterintencional. Al proceder en esta forma incurrió en la causal de casación invocada en este cargo: estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto y no estar en consonancia con el auto de proceder (C. de P. P., Art. 580, Num. 2º).

En consecuencia aquél prospera y, por tanto, se casará el fallo y se dictará a continuación el que deba reemplazarlo (Id. Art. 583, Num. 1), a tono con la respuesta del jurado.

El artículo 362 señala para sus infractores una pena privativa de la libertad que puede ir de los 8 a los 14 años de presidio. Como no hay circunstancia de mayor peli-

grosidad, para la graduación de la pena se parte del mínimo señalado, por la disposición citada: 8 años. De éste se disminuye la mitad a la cual se refiere el artículo 365, lo cual da 4 años, lapso que debe ser disminuido en sus tres cuartas partes en virtud del 382, quedando así por imponer como pena definitiva a José de Jesús Garcés Murillo, como autor responsable del delito de homicidio en Benigno Ruiz Cardona, la de un año de presidio. También se le impondrán las accesorias que señala la ley.

Indemnización de daños y perjuicios

A los folios 67 y 68 obra el dictamen pericial sobre avalúo de los daños y perjuicios de orden moral y material causados con la infracción penal a la cual se refieren estas diligencias, el que, luego de la tramitación correspondiente, fue aprobado por el juez (Fl. 69). Con todo, la Corte, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 92 del Código Penal, 278 del Código de Procedimiento Penal y 241 del Código de Procedimiento Civil, habrá de hacer la condenación en abstracto, ya que no se encuentra que la peritación a la cual se viene haciendo referencia se halle debidamente fundamentada. En efecto: En su primera parte se limita a dejar apreciaciones sobre la vida íntima y familiar del occiso Ruiz Cardona. Y, en su segunda, para fijar la cuantía invoca una norma del Código Sustantivo del Trabajo que no tiene aplicación al caso sometido a estudio, puesto que ella hace referencia a las prestaciones a que dan lugar los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. En consecuencia, por no encontrarse debidamente fundamentado el dictamen, la Corte lo desecha (C. de P. P., Art. 278) y proferirá en abstracto la respectiva condenación.

Decisión

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. Casar la sentencia proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Buga el día 6 de octubre de 1972 y, en su lugar,

Segundo. Condenar a José de Jesús Garcés Murillo, de anotaciones personales conocidas en autos, a la pena principal de un año de presidio como autor responsable del delito de homicidio en Benigno Ruiz Cardona, hecho sucedido en las circunstancias de tiempo, lugar y modo a las cuales se ha hecho referencia.

Tercero. Condenar al mismo procesado Garcés Murillo a las siguientes penas accesorias: pérdida de la patria potestad si la tuviere; interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal y publicación especial de esta sentencia.

Cuarto. Condenar, en abstracto, al mismo procesado José de Jesús Garcés Murillo a

la indemnización de todos los perjuicios causados con su delictuoso proceder.

El condenado tiene derecho a que se le descuenta de la pena principal el tiempo que estuvo detenido por cuenta de este proceso. Por el Juzgado del conocimiento se ordenará su captura, para la ejecución de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen. Publíquese y cúmplase.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REVISION

“Hecho nuevo” es cualquier suceso o acontecimiento no conocido o no debatido dentro del proceso penal, de cuya plena demostración surge, bien la inocencia o la no responsabilidad del condenado, o bien el indicio grave de tal inocencia o irresponsabilidad. — Ratifica así la Corte las providencias de 10 de julio de 1960, 14 de marzo de 1969 y 3 de marzo de 1972.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veinte de septiembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Agotado el trámite de rigor procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de revisión interpuesto por María del Carmen Mariño de Pedroza, por medio de apoderado, con relación al juicio adelantado en su contra por el delito de lesiones personales en Victoria Ruiz, en el cual fue condenada a la pena principal de 2 años y 6 meses de prisión y \$ 1.000.00 de multa, a más de las accesorias correspondientes, mediante sentencia de 27 de octubre de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, que revocó en parte la de primera instancia de 12 de julio del mismo año, del Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad.

Hechos y antecedentes procesales

Tanto en el auto que confirmó el de proceder como en la sentencia de segunda instancia, siguiendo fielmente la presentación que de ellos hizo el juzgado del conocimiento, de acuerdo a la realidad procesal, el Tribunal los sintetiza así:

“El hecho que originó la investigación tuvo ocurrencia el cinco (5) de septiem-

bre de mil novecientos sesenta y siete (1967), en la calle 16 con la carrera 11 de esta ciudad; allí, la mujer de nombre Victoria Ruiz fue atropellada por un automóvil que conducía Carmenza Mariño de Pedroza, distinguido con las placas B-18-87, afiliado a la empresa Autoboy. La conductora del vehículo estaba acompañada por el señor José Noel Felizzola. A consecuencia del insuceso, Victoria Ruiz sufrió serias lesiones personales que ha descrito la medicina legal”.

Las primeras diligencias investigativas las adelantó la Inspección Departamental de Transportes y Tránsito de Tunja, las prosiguió el Juzgado 2º Penal Municipal de la misma ciudad y luego de recibidas numerosas pruebas y de haber sido oídos en indagatoria Carmenza Mariño de Pedroza y José Noel Felizzola, el 20 de marzo de 1968 se cerró la investigación (Fl. 61) y por auto de 18 de abril siguiente se sobreesayó definitivamente en favor de la señora Mariño de Pedroza y de Felizzola por el delito de lesiones imputado (Fls. 62 ss.). Contra tal providencia interpuso recurso de reposición el apoderado de la parte civil y, en subsidio el de apelación (Fl. 69). El 7 de mayo no se accedió a reponer el proveído impugnado y se concedió el de apelación (Fls. 71 ss.). El Tribunal, por medio de su providencia de 31 de julio del mismo año, revocó el sobreseimiento definitivo recurrido y profirió uno de carácter temporal (Fls. 81 ss.). El Juzgado 2º Penal del Circuito, a quien pasaron las di-

ligencias, luego de que se practicaron nuevas pruebas, declaró cerrada la investigación (Fl. 150 vto.) y por auto de 23 de septiembre de 1971 abrió causa criminal contra la señora Carmen Mariño de Pedroza por el delito de lesiones personales en Victoria Ruiz, sobreescribió definitivamente en favor de José Noel Felizzola por el mismo ilícito y ordenó la captura de la enjuiciada (Fls. 152 ss.). Como esta última no se obtuviera, la emplazó en forma legal, la declaró reo ausente y le designó defensor de oficio (Fls. 168 ss.). Se celebró la audiencia pública (Fls. 177 ss.) y luego se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia, a las cuales se ha hecho referencia anteriormente.

Demanda de revisión

En ella, de manera lacónica, el apoderado especial constituido por la sentenciada María del Carmen Mariño de Pedroza, luego de manifestar que solicita "se revise, por el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Penal —artículos 586 a 591—" las sentencias de primera y de segunda instancias, hace la presentación de los hechos, relata someramente la actuación procesal, dice que tales fallos "se pronunciaron en amplia contradicción" con los sobreseimientos definitivo y temporal a que atrás se aludió, hasta el punto de que "se cometió la incongruencia de que con la misma prueba que sirvió para sobreseer se fundamentaron las sentencias condenatorias", sin reconocer la irresponsabilidad penal de la sentenciada, que se veía fortalecida con nuevas pruebas que se practicaron en la reapertura de la investigación. Agrega que con posterioridad a las sentencias se han presentado nuevas pruebas emanadas de Guillermo Barrera Neira, José Aponte, Bertina Calvo de Gómez, Rafael Monroy Neira, Alvaro Vargas, Juan Escobar y Marcos Nájar, testigos que "están dispuestos a declarar cuando la honorable Corte así lo determine" (hecho 7º de la demanda). Cita como fundamentos de derecho los artículos 215, 216, 217, 584 a 591 del Código de Procedimiento Penal y dice qué pruebas acompaña. Estas son: Copias de la sentencia de primer grado, del concepto fiscal dirigido al Tribunal y de la

de segunda instancia proferida por esta entidad.

Trámite del recurso

Por reunir el mínimo de requisitos exigidos por la ley, la demanda fue admitida. Se abrió a pruebas, se reconoció al apoderado y se solicitó el proceso respectivo. (Cuaderno de la Corte, Fl. 34). Aquél, dentro de este juicio, solicitó se decretaran los testimonios de Guillermo Barrera Neira, José Aponte, Bertina Calvo de Gómez, Rafael Monroy Neira, Alvaro Vargas, Juan Escobar Salas y José Marcos Nájar, los mismos que había insinuado en su demanda (Fls. 40 ss.), a lo cual se accedió (Fl. 42), habiéndose recepcionado todos, menos el primero y el último y siendo de advertir que quien fue citado como Alvaro Vargas declaró bajo el nombre de José Gustavo Vargas.

Se corrió el traslado de ley al Ministerio Público el cual, luego de presentar una reseña de los hechos y de la actuación procesal, entra a estudiar a fondo la demanda para llegar a la conclusión de que la revisión pedida debe ser negada.

El demandante, tras invocar la causal 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, razona:

"Para que pueda prosperar el recurso se necesita que los hechos nuevos, o las pruebas no conocidas, sean suficientes para demostrar la irresponsabilidad o inocencia del procesado.

"En orden a demostrar esta situación se trajeron las pruebas testimoniales a los folios 47 a 64 del cuaderno número 1.

"Don Juan Nepomuceno Escobar dice: "La familia Pedroza, es decir, la señora Carmenza y don Luis, como sus hijos, al irlos yo a visitar y preguntarles sobre el accidente, me informaron que el que acompañaba a la señora, era José Felizzola, chofer de don Luis Pedroza y quien estaba enseñando a manejar a la señora Carmenza; que al producirse el caso antes de producirse él tomó la cabrilla y le dio el timonazo, no recuerdo bien si ellos me dijeron que para el lado derecho o para el lado izquierdo, e inmediatamente se produjo el accidente, que por haberse pegado el acelerador al piso del carro, esa fue la información que ellos me dieron..."

"Don Gustavo Vargas manifiesta: ... "Me contó Felizzola que el acelerador se había quedado pegado contra una lata del piso y ahí fue cuando le rapó la cabrilla a la señora que iba manejando el automóvil..."

"Guillermo Barrera: ... "Eso me contaban ellos que en el momento del accidente, Felizzola le rapó la cabrilla a la señora..."

"Bertina Calvo de Gómez, al ser preguntada de si era cierto que la persona que viajaba como acompañante de la señora María del C. Mariño de Pedroza, en el momento de producirse la pegada del acelerador tomó por su cuenta la cabrilla del vehículo, halándola de tal manera que determinó la causá del accidente y siendo esta persona el señor Felizzola respondió: ... "Eso oí decir, quién sabe si sería cierto o no..."

"José M. Aponte contestó: ... "Yo allá oí ese comentario, de que el señor que iba con ella, con la señora María del C. y que le estaba enseñando, le cogió la cabrilla no más y la haló, no sé ni para qué lado o no recuerdo..."

"Con los anteriores testimonios, que el señor Procurador Delegado califica de referencias, se establece tanto por el dicho de la señora Mariño de Pedroza, como por la expresa manifestación de don José Felizzola, que el accidente se debió al hecho de que el señor José Felizzola tomó la cabrilla y dirigió el automóvil a un punto distinto de donde lo llevaba la señora Carmenza M. de Pedroza.

"Si el accidente se ocasionó por los hechos realizados por el señor Felizzola es natural que el acto culposos si así se califica, no es imputable a la señora Carmenza de Pedroza, por cuanto la acción psicofísica, corresponde a una persona distinta.

"En síntesis con las pruebas traídas se demuestra la existencia, de un hecho, y el cual no fue motivo de debate durante el curso del proceso. La prueba en mi entender, es suficiente para revisar la sentencia, lo cual pido muy respetuosamente se haga por la honorable Corte".

Consideraciones de la Sala

Según la causal 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, hay lugar al recurso de revisión en materia penal

"Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

La Corte ha sostenido que "Es 'hecho nuevo' cualquier suceso o acontecimiento no conocido o no debatido dentro del proceso penal, de cuya plena demostración surge, bien la inocencia o no responsabilidad del condenado, o bien el indicio grave de tal inocencia o irresponsabilidad (Providencias de 10-VII/60, 14-III/69, 3-III/72).

De acuerdo con las pretensiones del demandante, debe tenerse en cuenta que él alega la existencia de un hecho nuevo, no conocido al tiempo de los debates, el cual, para ser aceptado, debe encontrarse plenamente probado ya sea como demostrativo de la inocencia o irresponsabilidad del sentenciado, ya como constitutivo de indicio grave de esa inocencia o irresponsabilidad. Y lo hace consistir en que dentro de este juicio de revisión se ha demostrado que el accidente "se ocasionó por los hechos realizados por el señor Felizzola" por lo cual no es imputable a su patrocinada, "por cuanto la acción psicofísica (sic), corresponde a una persona distinta".

Pretende acreditar tal hecho, que denomina nuevo, con las declaraciones de Juan Nepomuceno Escobar, Gustavo Vargas, Guillermo Barrera, Bertina Calvo de Gómez y José M. Aponte, recepcionadas durante el juicio de revisión y de las cuales únicamente cita los apartes que cree sirven a sus pretensiones. Mas con relación a ellas es preciso tener en cuenta: Según las propias palabras de los deponentes, ninguno de ellos fue testigo presencial de los hechos. Y, por referencias manifiestan en lo pertinente: Juan Nepomuceno Salas: Que la familia Pedroza le había dicho que el carro había sido reparado días antes, pero no supo de qué; que no vio el daño que presentara el acelerador y que los esposos Pedroza le informaron que su chofer Felizzola, quien enseñaba a manejar a la señora, había tomado el timón para desviar el vehículo y que entonces se había presentado el accidente, al pegarse el acelerador al piso del carro (Cuaderno de la Corte, Fls. 47 ss.).

José Gustavo Vargas: que Felizzola le informó que la señora manejaba, que cuando sintió que el carro se desbocó, le rapó la dirección y se presentó el accidente: que no supo en qué consistió una reparación del vehículo; que no le consta avería alguna en el acelerador, pero que Felizzola le informó que esa pieza se trabó al piso, por lo cual tomó el timón (Id. Fl. 48). Guillermo Alfonso Barrera Neira informa que la señora de Pedroza y Felizzola le contaron que al pegarse el acelerador, éste le había rapado la cabrilla a la señora, había virado el carro “y posiblemente ahí fue cuando se produjo el accidente”; que días antes le hicieron al carro “lavado, engrase, revisión de frenos y luces y todo eso, no sé si le cambiarían algún repuesto”; que no le consta que el acelerador se hubiera pegado al piso, pero que Felizzola le contó que había rastros de ello, sin decirle el motivo; que la señora de Pedroza y Felizzola “me comentaban ellos, que en el momento del (la cabrilla) (sic) accidente, Felizzola le rapó la cabrilla a la señora, no sé si en ese momento se haya producido el accidente o antes, de eso no me consta nada”, ni le informaron por qué se pegó el acelerador ni en qué dirección fue el timonazo (Id. Fls. 49 vto. ss.). Bertina Calvo de Gómez manifiesta que al chofer Felizzola y a los familiares “Oí el comentario que se le había pegado el acelerador, iba el otro chofer y le cogió la cabrilla a la persona que iba manejando, dicen que era la señora Carmen”; que tal vez oyó el comentario de que antes había sido reparado el automóvil, pero que no sabe qué clase de arreglos le hicieron; que en relación a la causa del accidente, “Eso oí decir, quién sabe si sería cierto o no” (Id. Fl. 55). José María Aponte Quintero dice que supo que el carro había sido revisado, sin saber de qué, porque se lo contó un cuñado que vive actualmente en Venezuela; que oyó decir, en la casa de la familia Pedroza, sin que le conste, que el acelerador tenía muestras de haberse pegado contra el piso y que fue entonces cuando el chofer tomó la cabrilla y entonces se produjo el accidente; que los comentarios anteriores no los oyó a personas distintas de la familia Pedroza (Fls. 61 ss.).

Dos clases de observaciones deben formularse a las pruebas acabadas de reseñar: La primera consiste en que, no habiendo sido los deponentes testigos presenciales de los hechos, sus declaraciones son de oídas, de segunda mano, con lo cual se está indicando que nada les consta personalmente, y que, por tanto, sus palabras de referencias no tienen valor suficiente para establecer hechos concretos que no presenciaron. La conclusión anterior toma mayor fuerza si se tiene en cuenta el origen mismo de sus dichos de oídas: la familia Pedroza y Felizzola, su chofer.

La segunda consiste en que aún aceptando que con tales declaraciones se estableciera el hecho que el demandante en revisión pretende, él no constituiría hecho nuevo, puesto que ya fue largamente debatido en el proceso respectivo. En efecto: Tales situaciones fueron planteadas en las indagatorias de la señora Carmenza Mariño de Pedroza (Fls. 3 ss., 16 ss., Cfr. 125) y de José Noel Felizzola (Fls. 5 ss., 19 ss.). Y fueron consideradas en el primitivo sobreseimiento de carácter definitivo en favor de los dos sindicatos (Fls. 62 ss.), en el del Tribunal por medio del cual se revocó el anterior para sobreseer temporalmente y decretar la reapertura de la investigación (Fls. 81 ss.), en el auto de 23 de septiembre de 1971 por medio del cual el Juzgado 2º Penal del Circuito de Tunja llamó a responder en juicio a la señora de Pedroza y sobreseyó definitivamente en favor de Felizzola (Fls. 156 ss.); se debatió de nuevo en la audiencia pública (Fls. 177 ss.) y tampoco estuvo ausente su consideración en la sentencia condenatoria de primer grado, en donde se dedujo la responsabilidad penal, por culpa, en cabeza de la señora de Pedroza (Fls. 183 ss.) ni en la de segunda instancia (Cuaderno número 7, Fls. 10 ss.), en la cual también se formularon consideraciones sobre los hechos que ahora pretenden plantearse como nuevos. Siendo de advertir que al tramitarse el recurso de apelación contra el auto de proceder, el defensor de la procesada también los planteó al sustentarlo (Cuaderno número 5, Fls. 3 ss.) y el Tribunal, en su respectiva providencia, igualmente se refirió a ello (Id. Fls. 24 ss.).

Es preciso concluir de lo anterior que no se está en presencia de hechos nuevos no conocidos al tiempo de los debates, puesto que los que ahora se plantean como tales ya habían sido controvertidos en sus debidas oportunidades dentro del proceso penal cuya revisión por ese motivo se pretende. En este juicio, tal como ha sido planteado por el demandante en revisión, más que todo se aspira a abrir un nuevo debate probatorio acerca de la autoría del hecho y de su responsabilidad en el campo penal, lo cual, como se precisó, fue larga y extensamente debatido.

En consecuencia, la causal de revisión propuesta no prospera.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Pro-

curador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niega la revisión del juicio seguido contra *Carmenza Mariño de Pedroza* por el delito de lesiones personales en *Victoria Ruiz* y ordena devolver el proceso al Juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO. — DELITO CONTINUADO

La figura del delito continuado es materia que cuestiona la doctrina jurídico-general, pues al paso que una corriente sostiene la tesis de la ficción en virtud de la cual debe verse un solo hecho en las varias violaciones de la ley, otra se pronuncia en favor de la múltiple realidad delictiva, y una tercera afirma la realidad del delito unitario. — Pero en el sistema colombiano el texto expreso se impone a cualquier clase de reflexiones que, fundados en cualquier motivo se le opongan. — Estima el texto que varias acciones delictivas unificadas en el designio del agente, integran una unidad, criminosa, y a esa noción es preciso atenerse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre veinte de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

En auto del 14 de mayo del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín sobreseyó temporalmente y por segunda vez en favor de Luis Gaviria Jaramillo por razón de los cargos que se le hicieron y que, en sentir del funcionario denunciante (el Jefe Seccional de la Procuraduría con sede en Rionegro), podrían configurar un delito de peculado cometido por el sindicado en su calidad de Juez Promiscuo Municipal de San Carlos.

El 24 de marzo de 1972, el mismo Tribunal había dictado el primer sobreseimiento temporal, que la Corte, acogiendo el concepto del Agente del Ministerio Público, confirmó en providencia del 18 de julio del año citado.

Vuelve ahora el segundo sobreseimiento en grado de consulta y debe proceder a resolverse, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal.

Los hechos, no modificados durante el segundo período de instrucción, fueron extractados así por la Corte:

“Refieren los autos que al practicar una visita en el Juzgado Promiscuo Municipal de San Carlos, el 22 de febrero de 1971, el Jefe Seccional de la Procuraduría General de la Nación, con sede en Rionegro, encontró irregularidades en el libro de movimiento de depósitos del Juzgado, cosa que se confirma con los informes de la Caja Agraria de San Carlos, en cuyos libros no aparecen varias consignaciones que debieron ser hechas por el Juez Gaviria Jaramillo, pues los dineros correspondientes le fueron entregados en las distintas oportunidades en que hubo necesidad de exigirlos como garantía de libertad provisional de algunos sindicados.

“En el curso de la investigación surgieron nuevos hechos que no fueron esclarecidos y que, como observa el auto que se revisa, son indispensables porque de ellos resulta ‘una permanente o crónica transgresión de las normas que imponían al juez acusado el deber de custodia y oportuna restitución de los dineros y otros efectos a él entregados en razón de actuaciones judiciales de orden penal o civil (folios 135, 140 y 141); y en fin, la apropiación de los valores recibidos para la compra de útiles de escritorio (folio 139)’.”

El Tribunal, en el auto del 14 de mayo, insiste en que el juez comisionado ejecutó una muy defectuosa ampliación, “dejando en el vacío sustanciales demostraciones cu-

ya ausencia traduce ahora falta del acervo probatorio indispensable para acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad, en la medida que exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal”.

No se practicó ninguna diligencia de inspección judicial a los negocios civiles relacionados a fin de establecer los depósitos que, según se afirma, fueron materia de apropiación por el juez, ni se trajo copia de las actuaciones más necesarias para que la justicia se informe sobre el extravío de la función, ni fueron interrogados los testigos que aparecen incriminando al juez de San Carlos, por lo que el Tribunal hubo de concluir:

“Los graves vacíos e imperfecciones que revela el sumario, indican que la solución adecuada es un nuevo auto de sobreseimiento temporal, junto con las medidas que prescriben los artículos 494 y 495 del Código de Procedimiento Penal, sin perjuicio de que continúe la investigación encaminada a incorporar, en la forma analizada, los elementos probatorios que surgen de los autos y que en una u otra forma tienden a demostrar la responsabilidad o inocencia del sindicado”.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal acepta las graves vacíos de las investigaciones llevadas a cabo, pero concluye que existe evidencia sobre la sustracción o apropiación por parte del juez de la suma de cien pesos. En relación con los otros cargos dice:

“Sobre los otros nueve hechos, no obstante su gravedad, la investigación arroja protuberantes fallas, a causa de la negligencia o ignorancia de los instructores.

“Considera esta Procuraduría Delegada que, a estas alturas, esos hechos, o al menos algunos, son imposibles de esclarecer, porque el transcurso del tiempo va haciendo desaparecer las huellas del delito, y muchas de las personas claves para su esclarecimiento han desaparecido, como aconteció con el señor Alfonso de Jesús Zuluaga Ramírez quien, según constancia del folio 60 dejó el Municipio de San Carlos, desconociéndose su residencia. Este ciudadano era el único que podía aclarar si los quinientos pesos de que da cuenta el auto en el que se concedió la excarcelación, fueron

realmente entregados por cuanto el título sólo se hizo por doscientos pesos.

“Otro tanto sucede con Humberto Parra, de quien se encontró a su favor un recibo de cincuenta pesos, que al parecer no se entregaron. Otro tanto ocurrió con el dinero decomisado a Armando Hernández (\$ 9.119.00) de los cuales solo fueron dados dos mil pesos a Juan de la Rosa Guarín. Estos personajes no fueron encontrados”.

Concluye el Agente del Ministerio Público afirmando que ante la imposibilidad de esclarecer todos los cargos atribuidos a Gaviria Jaramillo, lo pertinente es dictar auto de proceder “por apropiación indebida de cien pesos”. Sobre los otros cargos se debe confirmar el sobreseimiento, y agrega:

“El delito continuado es una peligrosa ficción legal, como bien se puede notar en el caso a estudio, erigida en favor del sindicado por varios hechos, que reflejen el producto de un mismo designio, para evitar la acumulación aritmética de penas. Pero tal garantía no puede ir más allá, con menoscabo del legítimo derecho que le asiste a la sociedad, para que se reprima el delito, sobre todo en hechos tan graves como los presentes, en razón de la calidad del sindicado, las funciones desempeñadas, hechos que producen explicable desconcierto, y que van desmoronando la fe que aún se tiene en la administración de justicia”.

Consideraciones de la Corte

1. Es verdad que transcurrió un tiempo precioso sin que el comisionado hiciera nada para aportar las pruebas puntualizadas en el primer sobreseimiento temporal. Pero esta omisión no puede dirigirse exclusivamente contra el procesado, ya que constituye una falta del juez, si se establece, bien la mora en el cumplimiento de la comisión, bien cualquier otro defecto contra la eficacia de la administración de justicia. El procesado no puede responder por aquellas negligencias, ya que la función persecutoria de las infracciones corresponde al Estado a través de los funcionarios especialmente constituidos para ello.

2. La figura del delito continuado es materia que cuestiona la doctrina jurídico-general, pues al paso que una corriente sostiene la teoría de la ficción en virtud de la

cual debe verse un solo hecho en las varias violaciones de la ley, otra se pronuncia en favor de la múltiple realidad delictiva, y una tercera afirma la realidad del delito unitario. Pero en el sistema colombiano el texto expreso se impone a cualquier clase de reflexiones que, fundadas en cualquier motivo, se le opongan. El jurista y el funcionario público no pueden desconocer los mandamientos sin incurrir en peligrosos riesgos de arbitrariedad. No se trata de interpretar el artículo 32 del estatuto represor, sino de aplicarlo en su contenido que, de otra parte, es suficientemente claro y explícito. Estima el texto que varias acciones delictivas unificadas en el designio del agente, integran una unidad criminosa, y a esa noción es preciso atenerse.

3. En el caso de autos aparecen sindicaciones por apropiación de fondos confiados al juez de San Carlos en distintas oportunidades y por distintas personas. Todo parece indicar que esos fondos llegaron a poder del imputado por razón de la función que desempeñaba. También todo parece indicar que se le entregaron para garantizar el pago de perjuicios por acciones accesorias en procesos civiles y otra suerte de compromisos en procesos penales. Trátase de actividades múltiples unificadas por una común represión penal, cumplidas por un solo agente y guiadas por un solo designio cual fue el de disponer ilícitamente de los fondos en beneficio propio. En estas condiciones, y hasta que se mantenga la prueba aportada, se insinúa un delito continua-

do de peculado, tal como lo reconoce el artículo 32 del Código Penal.

4. No podría disociarse la acción múltiple que la ley unifica admitiendo la responsabilidad por una sola infracción y dejando las otras aparte sin siquiera esclarecerlas. La justicia debe agotar los medios para este esclarecimiento en forma total, y, si por situaciones irreparables no lo logra, tampoco puede movilizarse anticipadamente contra un solo eslabón de la cadena delictiva.

5. En mérito de estas consideraciones, la Sala se aparta del concepto del Agente del Ministerio Público y confirmará la providencia consultada, en todas sus partes.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la providencia apelada de que se ha hecho mérito en la parte motiva de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.



VEREDICTO

El veredicto es la respuesta del jure al cuestionario que el juez somete a su consideración. — El cuestionario debe reflejar con exactitud los hechos calificados por el juzgador en el auto de proceder.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre veintisiete de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el procesado Luis Flaminio Lizarazo Mojica —agente de la Policía Nacional— contra la sentencia de fecha 24 de noviembre de 1972, mediante la cual el Tribunal Superior Militar lo condenó a la pena principal de 8 años de presidio y a las accesorias correspondientes, por el delito de homicidio en la persona de Lucio Artidoro Carrillo D., según los hechos que se transcriben a continuación:

“De acuerdo con la actuación adelantada los hechos tuvieron ocurrencia en las primeras horas del día 26 de junio de 1971, sobre la vía que de la ciudad de Cúcuta conduce hacia Venezuela en el sitio denominado Villa Antigua, Municipio de Villa del Rosario, cuando la víctima señor Lucio Artidoro Carrillo Durán conducía un automóvil, yendo acompañado de un hijo menor, siendo interceptado o saliéndole al paso dos agentes de policía acompañados de un particular, quienes trataron de que el vehículo se detuviera y al no ser atendidas las señales de alto y continuar la marcha el agente Luis Flaminio Lizarazo Mojica disparó su arma de dotación contra el vehículo conducido por Carrillo Durán, a quien lesionó en forma grave, causándole la muerte.

“La materialidad del homicidio de que fue víctima Lucio Artidoro Carrillo Durán se encuentra plenamente demostrada con la diligencia de necropsia, el levantamiento del cadáver y el acta de defunción.

“Con documentos idóneos se demostró la calidad de agente de la Policía Nacional que tenía el procesado Luis Flaminio Lizarazo Mojica. Además, hay demostración de que este agente se encontraba ejerciendo funciones propias de su investidura, cuando ocurrió el hecho del que se le procesa.

“Por otra parte, el procesado agente Lizarazo Mojica acepta, en su indagatoria, haber sido el ejecutor del acto físico de disparar el fusil o la carabina M-1 y con el proyectil haber causado la lesión que ocasionó la muerte al particular Carrillo Durán. Con esa declaración armonizan los testimonios de sus acompañantes de ese instante, agente Héctor Torres Portilla y particular Eugenio Rangel Díaz, pero también debe contarse el testimonio del menor hijo de la víctima, Alirio Carrillo Ramírez, quien declaró haber visto la acción de disparar ejecutada por el procesado”. (Fls. 177 y 178, C. N° 1).

Actuación procesal

Inició la investigación el Juzgado 70 de Instrucción Penal Militar el día 28 de junio de 1971 y ordenó la práctica de plurales diligencias, entre otras la indagatoria del acusado. Oyó las declaraciones del menor Alirio Carrillo Ramírez, hijo de la víctima, y de la señora Carmen Rosa Ramírez de Carrillo. Practicó inspección judicial, con intervención de peritos, y agregó al expediente abundante prueba docu-

mental —planos y fotografías tomadas en el lugar de los acontecimientos—.

Cerrada la investigación, el Comandante del Departamento de Policía "Norte de Santander", por Resolución número 0085 de 15 de junio de 1972 convocó el consejo verbal de guerra que habría de juzgar al procesado.

En 16 de junio del mismo año, se sometió a consideración de los vocales el siguiente cuestionario:

"Pregunta: El acusado, agente de la Policía Nacional, Luis Flaminio Lizarazo Mojica, de las condiciones naturales, civiles y policiales conocidas en el proceso, es responsable, sí o no, de haber ocasionado la muerte del señor Lucio Artidoro Carrillo Durán, mediante herida causada con arma de fuego (carabina), ejecutando tal hecho con el propósito de matar, lesión localizada en la parte supero-interna de la región escapular izquierda, y que corresponde al orificio de entrada del proyectil, el cual se dirigió hacia adelante, adentro y arriba, interestó la escápula y los grandes vasos del cuello y salió por la cara lateral izquierda del cuello dejando dos orificios de bordes irregulares, probablemente por haberse dividido en dos fragmentos, según la diligencia de autopsia a folios 21 frente del cuaderno principal, durante los hechos que tuvieron su ocurrencia en las horas de la madrugada del día 26 de junio de 1971, en la vía que de esta ciudad conduce a la frontera con Venezuela, en el sitio denominado 'Villa Antigua', jurisdicción municipal de Villa del Rosario, Norte de Santander, en actos propios del servicio y con ocasión del mismo?" (Fl. 122 Ib.). Por mayoría, fue contestado afirmativamente.

La demanda

Con base en la causal cuarta de casación —haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad— se formula un solo cargo a la sentencia, y se fundamenta así:

Primero. El Código de Justicia Penal Militar, bajo cuyos ordenamientos se tramitó el juicio, prescribe en su artículo 441, numeral 6º, como causal de nulidad, no haberse elaborado el cuestionario en la forma establecida en ellos.

Y como para el juzgamiento por los trámites del consejo verbal de guerra el Código castrense remite para la redacción de los cuestionarios a lo preceptuado en sus artículos 559 y 560, es decir, "determinando el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder y especificando los elementos que lo constituyen", y las circunstancias en que se cometió sin darles denominación jurídica, salta a ojos vista la incongruencia que resulta entre la remisión legislativa y la ausencia de auto de proceder característica de los consejos verbales de guerra. Incongruencia que resalta más porque el ordenamiento jurídico se refiere a los hechos, a los elementos que los constituyen y a las circunstancias de los mismos, "cuando debió referirse a los hechos que constituyen delito, pues un hecho físico puede no ser delito y entonces sería absurdo formular cuestionarios".

Agrega el recurrente que la doctrina entiende que cuando el legislador se refiere a los "elementos y circunstancias" de los hechos, lo hace en el convencimiento de que aquéllos especifican hechos penalmente significativos.

Segundo. Estima el recurrente que cuando el juzgador de instancia sometió a los vocales del consejo verbal de guerra, como pliego de cargos al acusado, un cuestionario en que preguntó por su responsabilidad en el delito consumado en la persona de Lucio Artidoro Carrillo D., en forma intencional o de propósito, se incurrió en la nulidad, puesto que calificó los hechos en forma equivocada denominándolos en el cuestionario de modo distinto al que jurídicamente les era imperativo ya que los del informativo denuncian fehacientemente a Lizarazo como autor de un homicidio culposo.

Tercero. Anota la censura cómo en el debate oral, en el consejo, el fiscal solicitó de los vocales condenar al procesado como autor de un delito culposo, en tanto la defensa cobró mérito en la prueba para pedir que su defendido fuera dispensado de toda responsabilidad por haber obrado sin dolo, pero sin culpa.

Por último, el recurrente concreta la acusación a la sentencia, literalmente, en el siguiente párrafo:

“Como el procedimiento de los consejos de guerra verbales, tienen procesalmente diferencias sustanciales con el procedimiento ordinario, he creído que un error al calificar los hechos erradamente en el cuestionario, debe reponerse por la vía de la causal cuarta, y no por la causal primera de casación, aunque a ello hubiera lugar. Es que resulta fundamental la consideración de la no existencia de auto de proceder en el procedimiento del consejo de guerra verbal pues el juicio arranca en el cuestionario, y por ello si hay error en éste, debe considerarse mal elaborado, y consiguientemente la nulidad surge, resultando la sentencia edificada sobre un juicio con vicio de nulidad legal.

“Estas consideraciones y raciocinio, me llevan respetuosamente a solicitar que se case la sentencia de segunda instancia proferida por el honorable Tribunal Superior Militar contra el agente Luis Flaminio Lizarazo Mojica, para que en su lugar se ordene reponer lo actuado y se elabore un cuestionario conforme a los hechos procesales” (Fls. 12 y 13, C. N° 2).

Concepto del Ministerio Público

Solicita que se deseche el cargo porque —dice— no puede aceptarse, como lo pretende el recurrente, error en la formulación del cuestionario, proveniente, como él lo asegura, de una equivocada interpretación de la prueba, por cuanto de las constancias procesales resultaría, eventualmente, no más que la ejecución involuntaria del hecho imputado, y jamás su existencia dolosa o de propósito y continúa:

“Tal parece que el señor apoderado valiéndose de la causal cuarta sobre la base de un juicio viciado de nulidad por infracción al numeral 6° del artículo 441 del Código Penal castrense, pretende violación indirecta de la ley sustantiva —sustancial— por indebida o errónea interpretación del acervo probatorio. Lo que significa la reapertura del debate de la prueba que ya fue examinada por el jurado de conciencia que en su más íntima convicción la calificó para finalmente pronunciarse sobre la responsabilidad de Lizarazo Mojica. Si esto es así, debe decirse una vez más que la honorable Corte en su más reiterada jurisprudencia durante algo más de 25 años

sostiene que no es procedente en los juicios que culminan por la vía del jurado aducir la infracción directa (sic) o indirecta de la ley sustancial como motivo específico de casación, porque es privativo de los jueces de conciencia examinar la prueba, debiendo, además, proferirse sentencia de primera instancia en consonancia con el veredicto o, lo que es lo mismo, acogiendo la calificación que en conciencia dan los jurados a la prueba y a los hechos mismos que se debaten durante la audiencia.

“Además, así fuera procedente reabrir el debate, no es posible aceptar la nulidad de que trata el numeral 6° del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar alegada a través del motivo cuarto del recurso extraordinario de casación, siendo que el juez redactó el cuestionario sobre la base de pruebas acreditadas en el expediente y el jurado que asistió al debate durante la audiencia aceptó tales pruebas y tales hechos al pronunciarse sobre la responsabilidad del delito de homicidio voluntario; pues bien pudo al tenor de lo dispuesto en el artículo 560 del tantas veces mencionado estatuto de enjuiciamiento criminal militar, declarar la responsabilidad pero expresando brevemente que por culpa no de propósito o intencionalmente como aparece en el cuestionario que el señor apoderado considera inepto” (Fls. 21 y 22, C. N° 2).

Se considera

A las razones aducidas por el Procurador Delegado para la Policía Nacional, que la Sala comparte, cabe adicionar los argumentos expresados en 15 de diciembre de 1970 al resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Héctor Uriel Rincón Molina.

Dijo la Sala entonces:

“La causal cuarta de casación procede con perfecta autonomía cuando la sentencia haya sido dictada en juicio viciado de nulidad y para su relevancia no requiere requisitos diversos a los necesarios para su demostración. El haberse incurrido en el auto de proceder en uno cualquiera de los eventos a que se contrae el numeral 5° del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964, es nulidad per se de las que taxativamente define como tales el mismo precepto.

“Si se considera impropio que el recurrente involucre en un mismo cargo a la sentencia motivos de diferentes causales y reiteradamente se ha sostenido por la Corte que cada una de ellas obedece a una motivación peculiar, tiene su propia estructura y proyección, no se ve por qué motivo, en este caso concreto y únicamente porque resulta imposible soslayar la evaluación de los hechos, debe exigirse al recurrente acudir a motivos ajenos a los que sustentan la causal cuarta, derivándolos de la segunda, cuya invocación inocua, si no han de tener culminación en ella, la privan de sus propios alcances y efectos en la impugnación.

“El problema planteado cobra mayor significación si se medita en que la Corte ha venido sosteniendo que no es posible aducir los motivos de la causal primera, inciso segundo, en los juicios con intervención del jurado, arguyendo la tesis de que el juri es soberano para apreciar los hechos sobre los cuales se pronuncia en conciencia, y la sentencia debe dictarse en consonancia con el veredicto. Esto es evidente cuando al pronunciamiento del jurado se da en un proceso legítimo, no viciado de nulidades.

“El veredicto es la respuesta del jure al cuestionario que el juez somete a su consideración. El cuestionario debe reflejar con exactitud los hechos calificados por el juzgador en el auto de proceder. Este puede eventualmente contener, en sí mismo, error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido y determinar, en consecuencia, el veredicto injusto o simplemente equivocado. Cuando uno de estos supuestos menoscaba el auto de proceder y no es advertido por el juez, en su caso, ni por el jurado de conciencia, en el suyo, y tampoco por el tribunal de instancia, trasciende a la sentencia viciándola de nulidad cuestionable en el recurso de casación. No porque esté de por medio la actuación del jurado de conciencia que pronunció el veredicto, la nulidad es intocable. Ni el error palpitante cometido por el juzgador en un evento de tal naturaleza adquiere por ello el mérito de la cosa juzgada.

“Dictada la sentencia por el tribunal, surge para el sindicado, su defensor, el Ministerio Público y la parte civil, el derecho de recurrir en casación, si el máximo de la sanción imponible, privativa de la libertad, es o excede de cinco años. Y el recurso de casación carece de limitaciones que no se hallen implícitas o expresadas en las disposiciones que tratan sobre la materia. Procede contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los tribunales, haya o no intervenido el jurado, pues el artículo 55 del Decreto 528 de 1964, reformado por la Ley 16 de 1968, artículo 16, no establece distinciones”.

En el caso que se examina el recurrente pretende que el sentenciador ha incurrido en la nulidad a que se contrae el numeral 6º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, suceso jurídicamente inaceptable, puesto que los vocales fueron preguntados sobre el contenido de un cuestionario redactado con vista en las constancias probatorias, ceñido a ellas, y no al capricho del funcionario de instancia, en el que se interrogó sobre hechos, sin darle denominación jurídica, de donde se concluye la impertinencia de la nulidad invocada por el actor.

Si en la vista pública o en el debate oral habido en el consejo verbal de guerra que juzgó a Luis Flaminio Lizarazo Mojica, el Agente del Ministerio Público y el defensor abundaron en razones para convencer a los vocales de que la responsabilidad del procesado por la muerte de Lucio Artidoro, no excedió, en ningún caso, los límites de la culpa, pero su respuesta fue consonada con el cargo de homicidio intencional imputado en el cuestionario, la sentencia pronunciada con fidelidad al veredicto no entraña nulidad de ninguna naturaleza, ya que bien pudieron los vocales, en su veredicción, reconocer las circunstancias modificadoras de la responsabilidad del procesado, en la medida y grado buscados por la defensa y por el Ministerio Público, si tal era su convencimiento.

La potestad de los jueces para asentir o no a las peticiones del Ministerio Público y de la defensa, demuestra que la posibilidad de que dichas circunstancias modificadoras de la responsabilidad hubieran sido reconocidas en favor del sindicado, nun-

ca estuvo excluida y, por el contrario, fue materia sobre la cual versó la controversia. En el informativo constan como pruebas principales de los hechos imputados a Lizarazo Mojica, su confesión, y las declaraciones de la esposa y del hijo de su víctima. Sobre todas ellas se redactó el cuestionario, pero el juzgador dio preferencia a la versión de los declarantes, y no obstante las peticiones del Ministerio Público y de la defensa, los vocales, se pronunciaron de conformidad con el cuestionario.

Lo anterior demuestra cómo el cuestionario redactado con vista en las pruebas recogidas y con sometimiento en su forma a la ley, ampliamente controvertidas en el juicio, fue ratificado por el veredicto, válidamente emitido en un proceso legítimo, no viciado de nulidades.

Por lo dicho el cargo no prospera.

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, **no casa** la sentencia de fecha 24 de noviembre de 1972, proferida por el Tribunal Superior Militar en el proceso contra Luis Flaminio Lizarazo Mojica, sindicado del delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

Sala de Casación Laboral

SUBROGACION DE OBLIGACIONES LABORALES

(Cambio de un patrono privado por otro de la misma índole o por uno oficial que reemplaza a otro de igual carácter).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio veinticuatro de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Víctor Manuel Espinel Blanco, mediante apoderado, instauró demanda ante el Juez Civil del Circuito de Pamplona contra la Fundación Universidad de Pamplona, a fin de que ésta fuese condenada a pagarle auxilio de cesantía, vacaciones causadas y no disfrutadas, salarios insolutos, prima de Navidad, indemnización por ruptura unilateral e injusta de su contrato de trabajo e indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones anteriores, en la cuantía discriminada por cada uno de tales conceptos y que arrojan un saldo líquido de \$ 62.620.29, descontando la suma que había recibido antes por prestaciones sociales.

Fundó la pretensión anterior en los siguientes

Hechos

“1º Por acta de fecha 23 de noviembre de 1960, protocolizada por escritura pública número 950 de fecha 29 de diciembre del mismo año, otorgada en la Notaría Segunda de este Circuito, la Fundación Universidad de Pamplona se constituyó como establecimiento de educación de carácter particular o privado y como tal empezó a

funcionar desde los primeros días del mes de febrero de mil novecientos sesenta y uno.

“2º Mediante contrato verbal a término indefinido, el doctor Víctor Manuel Espinel Blanco trabajó al servicio de esa entidad particular, de una manera continua, desde los primeros días del mes de febrero de mil novecientos sesenta y uno hasta el veintinueve (21) de noviembre de mil novecientos setenta en los cargos de profesor hora-clase, Decano y Rector Asistente o Vicerrector, es decir, durante diez (10) años completos, ya que aunque en los establecimientos de educación no se trabaja sino durante diez meses al año, para efecto de los derechos de vacaciones y cesantía el trabajo del año escolar equivale al trabajo de un año del calendario (C. S. del T., artículos 101 y 102).

“3º El sueldo devengado por el doctor Espinel Blanco durante los tres últimos meses del último año de servicios fue el de cuatro mil quinientos cincuenta pesos (\$ 4.550.00), así:

Como Rector Asistente	\$ 3.800.00
Como Profesor hora-clase . .	400.00
Dóceava parte de la prima de	
Navidad sobre la base de \$ 4.200	350.00

Sueldo total	\$ 4.550.00
------------------------	-------------

“4º Por Decreto número 553 de agosto 5 de 1970 el señor Gobernador del Departamento oficializó la Fundación Universidad

de Pamplona convirtiéndola en 'institución de enseñanza superior oficial y departamental' y sustituyéndola a la entidad privada. Tal decreto lo dictó el Gobierno Departamental en cumplimiento del contrato celebrado con la Universidad de Pamplona, solemnizado por escritura pública número 1076 de 1º de julio de 1970, otorgada en la Notaría Primera de Cúcuta, en virtud del cual la Universidad de Pamplona le cedió al Departamento su nombre, privilegios, derechos y personería, así como todos sus bienes materiales, comprometiéndose el Departamento, como contraprestación por su parte, a oficializar la Universidad, pagar su pasivo y devolverle oportunamente todos los bienes materiales que le cedió y que están relacionados en la mencionada escritura. Pero el Departamento no ha cumplido con la obligación de devolverle esos bienes materiales, lo que implica que no ha llevado a término el proceso de oficialización de la Universidad.

"5º El 21 de noviembre de 1970 el Consejo Superior de la Universidad aprobó el Estatuto Orgánico y proveyó los cargos directivos, excluyendo al doctor Espinel Blanco y rompiendo en esa forma, unilateralmente y sin justa causa legal, el contrato de trabajo que había celebrado con la entidad privada.

"6º El capital de la Fundación Universidad de Pamplona es de seis millones de pesos (\$ 6.000.000.00), según lo afirma el Secretario de la Universidad en un boletín publicado recientemente.

"7º El doctor Espinel Blanco pidió por escrito a la Universidad el reconocimiento y pago de sus derechos por los conceptos indicados en esta demanda, pero la Universidad sólo le reconoció la suma de treinta mil seiscientos cuarenta y siete pesos con veintinueve centavos (\$ 30.647.29) por los siguientes conceptos:

"Por cesantía	\$ 26.847.29
"Por falta de preaviso	3.800.00
"Total	\$ 30.647.29

"8º La suma anterior le fue girada al doctor Espinel Blanco por medio de cheque de fecha 2 de enero del presente año

contra el Banco del Comercio de esta ciudad, es decir, sesenta y cinco días después de haberse terminado su contrato de trabajo. El doctor Espinel aceptó esa suma como pago parcial de sus derechos reclamados.

"9º En la liquidación presentada por el doctor Espinel Blanco a la Universidad para el reconocimiento y pago de sus derechos incurrió en algunas equivocaciones numéricas que no implican renuncia a lo que efectivamente se le debe".

La Fundación Universidad de Pamplona respondió la demanda aceptando unos hechos y negando otros; sostuvo que el demandante no fue despedido sin justa causa, sino que no se le ratificó su nombramiento de Rector Asistente por la nueva Junta Directiva de la Universidad, al ser oficializada, en razón de incompatibilidad constitucional y legal, pues el doctor Espinel Blanco desempeñaba al mismo tiempo el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona y no podía recibir dos sueldos del mismo Tesoro, conforme al artículo 64 de la Carta Política.

Tramitado el proceso en legal forma lo decidió el Juzgado del conocimiento con sentencia de 13 de octubre de 1971 en la siguiente forma:

"Primero. Condenar a la Fundación Universidad de Pamplona, representada por su Rector. Reverendo Padre José Rafael Faría Bermúdez a pagar al doctor Víctor Manuel Espinel Blanco, la suma de cuarenta y un mil trescientos sesenta y seis pesos con treinta y cuatro centavos (\$ 41.366.34) moneda corriente, conforme al razonamiento y a la liquidación efectuada en la parte motiva de esta sentencia.

"Segundo. No condenar a la Fundación Universidad de Pamplona a pagar al doctor Víctor Manuel Espinel Blanco, suma alguna por concepto de vacaciones e indemnización por mora en el pago de las prestaciones, por las motivaciones dadas en esta providencia.

"Tercero. Condenar en costas a la parte demandada. Tásense. Cópiese, notifíquese y cúmplase".

Por apelación de ambas partes subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, del que se declara

raron impedidos los Magistrados Espinel Blanco, demandante, y Alonso Acero López, por no haber rendido testimonio en el proceso, e integrada la Sala de Decisión con los conjuces respectivos, resolvió el recurso en fallo de 30 de agosto de 1972, mediante el cual dispuso:

“En conclusión de lo expuesto y agotado en lo posible el estudio detenido de todas y cada una de las cuestiones debatidas, la Sala de Decisión Civil y Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, formada por los suscritos conjuces, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma la sentencia de fecha 13 de octubre del año próximo pasado, proferida por el Juzgado Civil de este Circuito, apelada por ambas partes, en el presente juicio ordinario laboral promovido por medio de apoderado por el doctor Víctor M. Espinel Blanco, contra la Fundación Universidad de Pamplona o Universidad de Pamplona, en sentido de hacer, como hace al efecto, las siguientes condenas:

“Primera. A pagar al doctor Víctor M. Espinel Blanco, por concepto de auxilio de cesantía por diez (10) años de servicios, conforme a las especificaciones contenidas en la parte motiva, la cantidad de veintinueve mil setecientos catorce pesos con cincuenta centavos (\$ 29.714.50) moneda corriente.

“Segunda. El valor de treinta y cinco (35) clases de Sociología de la Educación a razón de cuarenta pesos (\$ 40.00) cada una, la suma de mil trescientos veinte pesos (\$ 1.320.00) moneda corriente.

“Tercera. Reajuste de la prima de Navidad correspondiente al año de mil novecientos setenta (1970), que en total suma cuatrocientos pesos (\$ 400.00) moneda corriente.

“Cuarta. Valor de las vacaciones correspondientes al año de mil novecientos setenta (1970), que en total suman cuatro mil doscientos pesos (\$ 4.200.00) moneda corriente.

“Quinta. Indemnización por la mora en sesenta y cinco (65) días en el pago de las prestaciones, lo cual suma nueve mil ochocientos cincuenta y siete pesos con noventa centavos (\$ 9.857.90) moneda corriente.

“Sexta. Indemnización por la ruptura unilateral del contrato así:

“a) Por el primer año de servicios, el valor de cuarenta y cinco (45) días de salario, lo que da un total de seis mil ochocientos veinticinco pesos (\$ 6.825.00) moneda corriente;

“b) Valor de treinta (30) días de salarios por cada uno de los nueve años siguientes, lo cual suma cuarenta mil novecientos cincuenta pesos (\$ 40.950.00) moneda corriente.

“Séptima. Indemnización por la mora en el pago de las indemnizaciones anteriores, relativas a la ruptura unilateral del contrato de trabajo, el valor de los sueldos dejados de devengar desde el veintiuno (21) de noviembre de 1970, hasta el día del pago total de las sumas de que habla la parte resolutive de esta sentencia, a razón de cuatro mil quinientos cincuenta pesos (\$ 4.550.00) moneda corriente mensuales.

“Octava. A pagar las costas procesales de esta segunda instancia.

“De estas sumas se descontará la cantidad de treinta mil seiscientos cuarenta y siete pesos con veintinueve centavos (\$ 30.647.29) moneda corriente, ya pagada al doctor Espinel Blanco y recibida por él”.

La Universidad de Pamplona recurrió en casación y planteó, por su apoderado, la respectiva demanda, oportunamente replicada por el mandatario del actor, planteamientos sobre los cuales procede la Sala a decidir el recurso extraordinario.

La demanda fija así el alcance de la impugnación:

“Aspiro a que la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, case totalmente la sentencia impugnada proferida por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, Sala Civil-Laboral, de Conjuces, con fecha 30 de agosto de 1972, y convertida en Tribunal de instancia, revoque las condenas contenidas en los puntos 1º y 3º del fallo de primer grado, y en su lugar niegue todas las súplicas contenidas en la demanda que dio origen a este juicio, se absuelva a la Fundación Universidad de Pamplona de todos los cargos que se le formulan, y se

condene al demandante al pago de las costas causadas en las instancias”.

En busca de este fin formula los cargos que se estudiarán a continuación:

El enunciado del primero es el siguiente:

Primer cargo

“Acuso la sentencia del Tribunal de violar directamente, por aplicación indebida, los artículos 14, 65, 67, 68, 69, 101, 102, 127, 186 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 5º, 6º, 7º, 14, 17 y 8º numerales 1, 2 y 4 todos del Decreto legislativo número 2351 de 1965, adoptado como ley permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968. Y por haber dejado de aplicar, siendo aplicables al caso controvertido, lo dispuesto en los artículos 3º, 4º y 492 del Código Sustantivo del Trabajo”.

Para sustentarlo presenta estas razones principales:

“1º Tanto el Tribunal como el juez a quo dan por establecidos con los elementos probatorios que obran en los autos, los siguientes hechos básicos que las partes no discuten: a) Que la Universidad de Pamplona se estableció inicialmente como fundación de carácter privado, el 23 de noviembre de 1960, según aparece de la escritura pública número 950 de fecha 29 de diciembre del mismo año (folios 209 a 221 del cuaderno número 1); b) Que la Fundación Universidad de Pamplona fue oficializada con carácter departamental, mediante el Decreto número 553 de fecha 6 de agosto de 1970 expedido por el Gobernador del Departamento Norte de Santander, previa autorización de la Asamblea Departamental y para dar cumplimiento al contrato celebrado con la misma Universidad según escritura número 1076 de julio 1º de 1970 (folios 153 a 154 y 164 a 176 del Cuaderno número 1); c) Que el demandante doctor Víctor M. Espinel Blanco, desde el mes de febrero de 1961 hasta el 21 de noviembre de 1970, se vinculó a la Universidad mediante contrato de trabajo, desempeñando los cargos de Profesor, Decano y Rector Asistente; d) También es hecho aceptado y no discutido, que al oficializarse como institución departamental la Universidad de Pamplona y continuar trabajando a su servicio el deman-

dante doctor Víctor M. Espinel Blanco, se operó el fenómeno de la sustitución patronal, y que continuó vigente su contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 2º de la Ley 64 de 1946, norma aplicable al caso, como para la sustitución entre patronos particulares lo consagra también el artículo 68 del Código Sustantivo del Trabajo.

“2º Si los anteriores supuestos de hecho son evidentes y ninguna de las partes los discute, y los da por establecidos el Tribunal, la consecuencia y los efectos jurídicos de la oficialización de la Fundación Universidad de Pamplona, no pueden ser otros que en virtud de ese acto jurídico y por el ministerio de la ley la Universidad quedó incorporada y entró a formar parte de la administración pública del Departamento Norte de Santander. Y como el demandante continuó prestando sus servicios a la Universidad con posterioridad al 5 de agosto de 1970, éste adquirió ipso facto la calidad de trabajador oficial departamental, sometido de esa fecha en adelante al status legal que regula las relaciones de derecho individual de trabajo entre la administración pública y los servidores del Estado, las cuales no se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo sino por las normas anteriores a éste, según lo disponen los preceptos contenidos en los artículos 4º y 492 del mismo Código Sustantivo del Trabajo.

“3º De lo anterior resulta que los supuestos derechos que reclama el demandante doctor Víctor M. Espinel Blanco, no tienen fundamento legal en el Código Sustantivo del Trabajo y disposiciones que lo adicionan y reforman, tales como el Decreto 2351 de 1965, sino en los preceptos anteriores a dicho Código. Tales normas no son otras que las contenidas en la Ley 6ª de 1945, en el Decreto 2127 del mismo año, en las Leyes 64 y 65 de 1946, en el Decreto 797 de 1949 y demás disposiciones sobre la materia, que regularon la situación de los trabajadores particulares hasta la fecha en que entró a regir el Código Sustantivo y que aún permanecen vigentes para los trabajadores oficiales del grupo de excepción contemplado en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, al cual pertenece el demandante, por ser la Universidad de Pamplona una institución idéntica a las universidades particulares o susceptible de ser fun-

dada y manejada por éstos en la misma forma, como realmente lo fue hasta el 5 de agosto de 1970.

"4º Así las cosas, como el Tribunal para producir las condenas contenidas en la sentencia impugnada, aplicó las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y las contenidas en el Decreto legislativo número 2351 de 1965, adoptado como ley permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, que he especificado y relacionado en el cargo, normas que no son aplicables al caso del pleito conforme a lo establecido por el artículo 4º en armonía con el 492 del mismo Código, se configura la aplicación indebida de tales disposiciones, pues las pretensiones del demandante no están reguladas ni protegidas por los preceptos de orden material contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo".

El opositor replica, en primer término, que el cargo planteado por la vía directa exige acuerdo del casacionista con la sentencia acusada en las cuestiones de hecho y que en el presente caso ello no resulta desde el momento en que aquél sostiene que la Universidad demandada adquirió el carácter de oficial el 5 de agosto de 1970, en que la Gobernación del Departamento de Santander dictó el Decreto 553 de tal fecha, mientras que en ésta se afirma que tal hecho ocurrió el 21 de noviembre del mismo año, en que se instaló el Consejo Superior Universitario, expidió el Estatuto Orgánico e hizo los nombramientos de Directivos.

La Sala, para resolver, considera

Sobre el particular se expresa de esta manera el sentenciador:

"Tampoco es acertada la opinión del doctor Martínez Molina cuando dice que la Universidad se oficializó el 5 de agosto de 1970, fecha en que fue expedido por la Gobernación el Decreto número 553 que empezaba a regir inmediatamente.

"Antes, por medio de la escritura pública número 1076 de fecha, 1º de julio de ese mismo año, otorgada ante el Notario Primero del Circuito de Cúcuta, que obra en autos aducida por la parte actora, el Rector de la Universidad, autorizado debidamente por su Junta Administradora, ce-

lebró un contrato con el Gobernador del Departamento en virtud del cual la Universidad le cedía a éste su nombre, privilegios, auxilios, aportes, y, en general, todos sus bienes o haberes, renunciando a su carácter privado para que el Departamento la oficializara mediante un decreto obligándose a devolverle a la nueva entidad todo cuanto la privada le había cedido.

"Efectivamente dictó la Gobernación el citado Decreto número 553 que debía regir desde su expedición pero es claro que muchas de sus disposiciones no podían cumplirse inmediata y simultáneamente.

"Así, por ejemplo, el artículo 6º, dice: 'Mientras se organiza y funciona la nueva entidad departamental, la Fundación Universidad de Pamplona continuará rigiéndose por sus antiguos Estatutos'.

"Solamente el 21 de noviembre siguiente se instaló el Consejo Superior Universitario y conforme al Decreto legislativo número 0277 del 16 de julio de 1968 expidió el Estatuto Orgánico y designó al Rector y a otros directivos".

".....

"No está por demás repetir que con la oficialización de la Universidad se produjo automáticamente la sustitución de patronos que según el artículo 68 del Código Sustantivo del Trabajo, no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes y que si como lo dice el doctor Martínez Molina el Decreto número 553 de fecha 5 de agosto de 1970, emanado de la Gobernación del Departamento rige desde su expedición, también es cierto que su vigencia se refiere a todas y cada una de sus disposiciones; el artículo 5º que dice que la nueva entidad oficial sucederá a la antigua entidad privada en todos sus derechos y obligaciones y el artículo 6º que mantiene su carácter particular o privado mientras se organiza y funciona la nueva entidad departamental, cosa que sólo sucedió el 21 de noviembre de 1970 cuando se instaló el Consejo Superior Universitario que expidió su Estatuto Orgánico e hizo los nombramientos de los directivos para ajustarse a las normas del Decreto legislativo número 0277 de 16 de julio de 1968, sobre el régimen de las Universidades Departamentales".

Vése por lo transcrito que resultan en desacuerdo el recurrente y el fallo impugnado en lo relativo a la fecha en que se "oficializó" la Fundación Universidad de Pamplona, fecha fundamental en orden a las consecuencias jurídicas que uno y otro deducen de ellas, pues para el primero el actor estuvo desde el 5 de agosto hasta el 21 de noviembre como trabajador oficial de la demandada, mientras que para el segundo no llegó a serlo en ningún momento, ya que el mismo 21 de noviembre en que se cumplió la "oficialización", fue reemplazado. Este desacuerdo en punto básico tan importante hace que el cargo no prospere, pues por la vía directa no pueden considerarse cuestiones de hecho.

El segundo está planteado en los siguientes términos:

Segundo cargo

"Acuso la sentencia del Tribunal de violar indirectamente, por aplicación indebida, a causa de errores de hecho provenientes de falta de apreciación de unas pruebas y por apreciación errónea de otras, las siguientes normas de derecho sustancial: los artículos 27, 65, 67, 68, 69, 101, 102, 127, 186 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo; los artículos 5º, 6º, 7º, 8º (numerales 1, 2 y 4), 14 y 17 del Decreto legislativo número 2351 de 1965, adoptado como ley permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968 y el artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral. Y por haber dejado de aplicar, siendo aplicables al caso controvertido, lo dispuesto en los artículos 4º y 492 del Código Sustantivo en relación con los artículos 1º y 2º literales e) y f) de la Ley 6ª de 1945, los artículos 2º y 5º de la Ley 64 de 1946, los artículos 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, los artículos 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945, los artículos 80 y 96 del Decreto 250 de 1970, en relación con los artículos 54 y 160 de la Constitución Nacional.

"Los errores de hecho en que incurrió el Tribunal son los siguientes:

"1º No dar por demostrado, estándolo, que la Fundación Universidad de Pamplona se oficializó como Institución Departamental, a partir del día 5 de agosto de 1970, y no el día 21 de noviembre del mismo año, como lo expresa el fallo.

"2º No dar por demostrado, estándolo, que el demandante doctor Víctor M. Espinel Blanco ejercía el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en el período comprendido entre el 5 de agosto de 1970 y el 21 de noviembre del mismo año.

"3º No dar por demostrado, estándolo, que el demandante doctor Víctor M. Espinel Blanco, simultáneamente con el desempeño del cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, ejerció el cargo de Rector Asistente de la institución de enseñanza superior oficial y departamental, denominada Fundación Universidad de Pamplona, en el período comprendido entre el 5 de agosto de 1970 y el 21 de noviembre del mismo año.

"4º No dar por demostrado, estándolo, que durante el período comprendido entre el 5 de agosto de 1970 y el 21 de noviembre del mismo año, en que el demandante Víctor M. Espinel Blanco ejerció simultáneamente los cargos de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona y de Rector Asistente de la Fundación Universidad de Pamplona, devengó y recibió de esta última institución, como remuneración de sus servicios, la suma de \$ 3.800.00 mensuales.

"5º Dar por demostrado, sin estarlo, que la Fundación Universidad de Pamplona despidió del cargo de Rector Asistente al demandante Víctor M. Espinel Blanco.

"6º Dar por demostrado, sin estarlo, que el sueldo devengado por el demandante en el último semestre de 1970 fue de \$ 4.200.00 mensuales.

"7º No dar por demostrado, estándolo, que la Fundación Universidad de Pamplona le concedió y pagó al demandante las vacaciones a que tenía derecho correspondientes al año de 1970.

"8º No dar por demostrado, estándolo, que la Fundación Universidad de Pamplona pagó al demandante Víctor M. Espinel Blanco el auxilio de cesantía y las prestaciones que estimó deberle, dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que dejó de prestar sus servicios.

"9º No dar por demostrado, estándolo, el elemento buena fe, que acredita una duda justificada de la Universidad de Pamplona, que le ha permitido desconocer sin

malicia o temeridad a las prestaciones e indemnizaciones que reclama el demandante".

Procede luego a sustentar cada uno de los errores de hecho señalados, los que irán estudiándose en su orden, junto con las respectivas, réplicas del opositor y los correspondientes pasos de la sentencia acusada, según se verá en seguida:

El primer error, consistente en "no dar por demostrado, estándolo, que la Fundación Universidad de Pamplona se oficializó como institución departamental, a partir del día 5 de agosto de 1970 y no el día 21 de noviembre del mismo año", lo apoya en los siguientes argumentos:

"Sin embargo, las pruebas consistentes en la escritura pública número 1076 de fecha 1º de julio de 1970, pasada en la Notaría 1ª del Circuito de Cúcuta (folios 164 a 176) y la copia auténtica del Decreto número 553 de fecha 5 de agosto de 1970, expedido por el Gobernador del Departamento Norte de Santander, que obra a folios 153 a 154 del Cuaderno número 1, demuestran en forma cierta y evidente que la oficialización departamental de la Fundación Universidad de Pamplona se perfeccionó y se produjo mediante la expedición del Decreto departamental número 553, el día 5 de agosto de 1970. Este acto administrativo del Gobierno Departamental de Norte de Santander producido en ejercicio de sus atribuciones legales, con autorización de la Asamblea Departamental y para dar estricto cumplimiento a las cláusulas primera y quinta del contrato celebrado el día 1º de julio de 1970, suscrito entre el mismo Gobernador y los representantes legales de la Fundación Universidad de Pamplona, contrato que aparece consignado en la escritura pública número 1076 de fecha 1º de julio de 1970, ya citada.

"Consta en la cláusula primera, de ese instrumento público, que la Fundación Universidad de Pamplona, por medio de su representante legal y debidamente autorizado por la Junta Administradora de la misma Fundación, "cede su nombre, derechos, privilegios y personería al Departamento Norte de Santander, para que éste la oficialice, la convierta en institución departamental, que, como tal, y de conformidad con el artículo 1º del Decreto legisla-

tivo número 0277 de 1968, será una persona jurídica autónoma que tendrá por objeto el fomento de la alta cultura..." Y conforme a la cláusula quinta, se estipuló que 'el gobernador del Departamento se compromete a dictar a la mayor brevedad posible el correspondiente decreto de oficialización o departamentalización de la Fundación Universidad de Pamplona conforme a lo estipulado en este convenio'.

"El citado Decreto 553, expedido como se ha dicho el 5 de agosto de 1970, para dar cumplimiento al contrato de cesión antes mencionado, por medio de su artículo 1º, dispuso lo siguiente: 'A partir de la fecha, la Fundación Universidad de Pamplona será una Institución de Enseñanza Superior Oficial y Departamental'.

"La conclusión a que llegó el Tribunal, al expresar, al folio 62, que la oficialización de la Universidad 'sólo sucedió el 21 de noviembre de 1970 cuando se instaló el Consejo Superior Universitario que expidió su estatuto Orgánico', es equivocada en forma evidente y manifiesta, porque los documentos a que me he referido expresan claramente otra cosa, y porque el mencionado decreto, en su artículo 6º, no dice como afirma equivocadamente el Tribunal, que la nueva entidad "mantiene su carácter particular o privado mientras se organiza y funciona la nueva entidad departamental", pues lo que reza el mencionado artículo 6º, es lo siguiente:

"'Mientras se organiza y funciona la nueva entidad departamental la Fundación Universidad de Pamplona continuará rigiéndose por sus antiguos estatutos.'

"Como se aprecia de la anterior transcripción, el artículo 6º del Decreto número 553, se limita a disponer, como acto elemental de previsión administrativa, que oficializada la Universidad de Pamplona, se adopta provisionalmente para su régimen interno los antiguos estatutos de la Universidad, para no entorpecer su funcionamiento, en razón de estar ya oficializada".

El opositor replica que el error de hecho sostenido por el recurrente no aparece "de modo ostensible en los autos"; que "no es tal error, pues el Tribunal llegó a la conclusión jurídica de que la Universidad se nacionalizó el 21 de noviembre y no el 5

de agosto de 1970. En realidad se trataría de un error de derecho, si es que él se presentó, lo cual no compartimos”.

La Sala observa

El punto de discrepancia respecto del error que se estudia radica en realidad en el alcance que se le dé al Decreto departamental número 553 de 5 de agosto de 1970, cuya parte resolutive es del tenor siguiente:

“Artículo 1º A partir de la fecha, la Fundación Universidad de Pamplona, será una institución de enseñanza superior oficial y departamental.

“Artículo 2º Queda sometida en consecuencia, al régimen jurídico previsto en el Decreto legislativo número 0277 del 16 de julio de 1968, con base en el cual redactará sus propios estatutos.

“Artículo 3º Conforme al artículo 1º del citado decreto, la Fundación Universidad de Pamplona, será una persona jurídica autónoma, que tendrá por objeto el fomento de la alta cultura, la investigación científica, la formación profesional, la prestación de servicios investigativos, técnicos y sociales, orientados a elevar el nivel moral, intelectual y económico del Departamento.

“Artículo 4º Para el sostenimiento de la ‘Fundación Universidad de Pamplona’, destínense los aportes y auxilios departamentales, nacionales y de cualquier índole decretados ya o que se decreten en lo sucesivo a favor de la Fundación Universidad de Pamplona, así como todos los bienes, derechos y privilegios que ésta cedió al Departamento, y que éste a su vez, cederá oportunamente a la nueva entidad oficial y autónoma.

“Artículo 5º La nueva entidad departamental sustituirá en todo a la entidad privada Fundación Universidad de Pamplona, esto es, tanto en sus derechos como en sus obligaciones.

“Artículo 6º Mientras se organiza y funciona la nueva entidad departamental la Fundación Universidad de Pamplona continuará rigiéndose por sus antiguos estatutos.

“Artículo 7º Este Decreto regirá desde la fecha de su expedición”.

El recurrente afianza su aserto en el artículo 1º, según el cual “a partir de la fecha (es decir 5 de agosto de 1970) la Fundación Universidad de Pamplona será una Institución de Enseñanza Superior Oficial y Departamental” en tanto que la sentencia se basa en el artículo 6º del mismo acto administrativo, en cuya virtud “mientras se organiza y funciona la nueva entidad departamental, la Fundación Universidad de Pamplona continuará rigiéndose por sus antiguos estatutos”.

Basta comparar las dos disposiciones transcritas para darse cuenta de que resulta discutible la fecha desde la cual se produjo la “oficialización” de la demandada, ya que es evidente que a pesar del artículo 1º que la declara institución de enseñanza superior oficial y departamental desde el 5 de agosto, la verdad es que el mismo decreto no la consideraba aún organizada y en funcionamiento, al afirmar en el artículo 6º que “mientras se organiza y funciona la nueva entidad departamental...” Esto, obviamente permite deducir que faltaba todavía otro acto que organizara e hiciera funcionar “la nueva entidad departamental”. Es decir, la oficialización se presenta como un proceso que se inició con el contrato contenido en la escritura pública 1076 de 1º de julio de 1970, siguió con el Decreto 553 de 5 de agosto del mismo año y culminó el 21 de noviembre con la instalación del Consejo Superior Universitario y la expedición del Estatuto Orgánico.

Es cierto que la interpretación que el casacionista presenta es lógica; pero no lo es menos lo que trae el Tribunal cuando consideró que esa organización y funcionamiento de la nueva entidad departamental “sólo sucedió el 21 de noviembre de 1970 cuando se instaló el Consejo Superior Universitario que expidió su Estatuto Orgánico e hizo los nombramientos de los directivos para ajustarse a las normas del Decreto legislativo número 0277 de 16 de julio de 1968, sobre régimen de las Universidades Departamentales”.

Sabido es que el error de hecho debe ser ostensible o manifiesto y no existe esta calidad cuando se trata de interpretar textos ambiguos o contradictorios en que tanto puede tener razón el impugnante como la

sentencia recurrida, según el criterio lógico de cada uno de ellos.

En consecuencia no aparece demostrado con el carácter dicho este primer error de hecho.

El segundo error, planteado en el sentido de "no dar por demostrado, estándolo, que el demandante doctor Víctor Manuel Espinel Blanco ejercía el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en el período comprendido entre el 5 de agosto de 1970 y el 21 de noviembre del mismo año", según lo anota el opositor, no tiene incidencia en el fallo, desde el momento en que éste no aceptó la primera sino la segunda fecha como la en que se cumplió la oficialización de la demandada. Este error hubiera tenido importancia si hubiese prosperado el primero, que de acuerdo con lo dicho, no resultó con carácter manifiesto u ostensible.

Respecto del tercer error sucede lo propio, pues se lo hace consistir en que el Tribunal no dio "por demostrado, estándolo, que el demandante Víctor M. Espinel Blanco simultáneamente con el desempeño del cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, ejerció el cargo de Rector Asistente de la Institución de Enseñanza Superior, Oficial y Departamental, denominada Fundación Universidad de Pamplona, en el período comprendido entre el 5 de agosto de 1970 y el 21 de noviembre del mismo año".

El cuarto error tampoco resulta admisible en cuanto al período comprendido entre el 5 de agosto de 1970 y el 21 de noviembre del mismo año, por las razones apuntadas: pero deberá estudiarse en cuanto a que en él se sostiene que el demandante como "Rector asistente de la Fundación Universidad de Pamplona, devengó y recibió de esta última institución como remuneración de sus servicios la suma de \$ 3.800.00 mensuales" relacionándolo con el sexto error que se plantea diciendo: "Dar por demostrado, sin estarlo, que el sueldo devengado por el demandante en el último semestre de 1970 fue de \$ 4.200.00".

Para sustentar estos errores el casacionista sostiene:

"El Tribunal da por demostrado que el sueldo del demandante en los últimos 3 me-

ses de servicio fue de \$ 4.200.00 (folio 46 segundo cuaderno), cantidad que produce al sumar el valor del sueldo devengado por el demandante como Rector Asistente, que era de \$ 3.800.00, con la cantidad de \$ 400 por concepto de clases, durante el segundo semestre de 1970, 'cuyo valor promedio calcula el doctor Juan de la Rosa Luna Rico a razón de \$ 400.00 mensuales'. Agrega el Tribunal: "Como no hay remuneración alguna de que entre las funciones del doctor Espinel Blanco como Rector Asistente quedara incluida la obligación de dictar clases o que su cargo fuera el de Rector Asistente-Profesor, esa labor adicional y especial debe ser remunerada también conforme al artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando dice: 'Todo trabajo dependiente debe ser remunerado'".

"Además, el Tribunal agrega a los \$ 4.200.00 la suma de \$ 350.00 por concepto de la doceava parte de la prima de Navidad, para obtener en total la cantidad de \$ 4.550.00 'que debe tomarse como base para la liquidación de todas prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el demandante doctor Espinel Blanco'.

"Tales apreciaciones del Tribunal son erradas, como paso a demostrarlo:

"Según la Resolución número 12 de 25 de febrero de 1970, emanada de la Junta Administradora de la Fundación Universidad de Pamplona, en su artículo 1º, fija la asignación de \$ 3.800.00 mensuales al doctor Víctor M. Espinel Blanco Rector Asistente (folio 256). Esta misma asignación de \$ 3.800.00 aparece establecida con el certificado de la Universidad, en el punto 7º del documento que obra al folio 7 del cuaderno número 1. El demandante, en su comunicación de fecha 28 de enero de 1971 dirigida al Rector de la Universidad que obra de folios 46 a 60, expresa lo siguiente, al folio 57: 'Para la liquidación de las prestaciones e indemnizaciones a que tengo derecho acepto la base que ha tomado en cuenta el doctor Pedro Silvio Martínez Molina o sea la cantidad de \$ 4.116.66' doceava parte de la prima de Navidad".

"Según la Resolución número 19 de 13 de julio de 1970 de la Junta Administradora de la Fundación Universidad de Pamplona, que obra a folios 97 a 98, y que apa-

rece suscrita del puño y letra del propio demandante, en su carácter de Vicepresidente de dicha Junta, consta del artículo 4º, lo siguiente: "Teniendo en cuenta que los señores Rector Asistente y Secretario General devengaban en la actualidad un sueldo de \$ 3.800.00 mensuales..." Esta suma es la que toma en cuenta el propio demandante para reconocerse el pago de \$ 7.600.00 como compensación de vacaciones causadas hasta el año de 1970, inclusive.

"Los documentos que obran de folios 346 a 386, correspondientes a las nóminas de sueldos mensuales pagados en los meses de enero a noviembre inclusive de dicho año, acreditan que el sueldo del Rector Asistente, a partir del mes de abril de 1970, fue el de la suma de \$ 3.800.00 (folios 353 y 357).

"Según la certificación que obra al folio 127, aparece que "nunca la Junta Administradora aceptó la petición de pagar clases al Rector ni al Rector Asistente, y de hecho el Rector no recibió ninguna vez pago de clases".

"La certificación que obra de folios 261 a 263 suscrita por el Rector y el Síndico de la Universidad, claramente determina que el sueldo devengado por el Rector Asistente, fue de \$ 3.800.00 mensuales. La certificación contenida en el literal e) de ese mismo documento (folio 263), únicamente establece que la remuneración por hora-clase que se paga a los catedráticos y a los profesores de tiempo completo por las horas que exceden de su carga académica era de \$ 40.00 hora a la fecha de expedición del certificado. Pero este documento no dice ni prueba que al doctor Víctor M. Espinel Blanco se le hubiese asignado, fuera de su sueldo como Rector Asistente, una remuneración adicional de \$ 40.00 por hora-clase dictada. Los documentos anteriores y especialmente el que obra al folio 97, aprobado y suscrito por el propio demandante, acredita plenamente que el único sueldo devengado por el doctor Espinel Blanco en los últimos meses en que prestó sus servicios a la Universidad, fue de \$ 3.800.00 por todo concepto, como se expresa en el artículo 4º de la Resolución número 19 contenida en ese documento".

La Sala considera

Es evidente que los documentos estudiados por el casacionista demuestran que el demandante en su calidad de Rector Asistente devengaba una asignación mensual de \$ 3.800.00; pero lo que el Tribunal sostiene es que al mismo tiempo el doctor Espinel Blanco era profesor, que en su cargo de Rector no estaba incluida la obligación de dictar clases y que esa es una labor adicional y especial que le debe ser remunerada conforme al artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo. Y contra estos argumentos no presenta el recurrente ninguno que los desvirtúe, ya que no indica cómo correspondía al cargo de Rector Asistente dictar una o varias cátedras, ni de qué manera habiéndolas servido debía hacerlo sin remuneración.

No es discutible que la Universidad en la constancia que aparece al folio 127, fechada el 21 de abril de 1971, afirma: "1. Nunca la Junta Administradora aceptó la petición de pagar clases ni al Rector ni al Rector Asistente y de hecho el Rector no recibió ni una vez pago de clases. 2. Los que pertenecían a la administración, generalmente tenían clases que no se les pagaban: el Rector 8 clases; el Planeador dictaba 14 clases". Pero del hecho de que la Universidad nunca hubiese aceptado "la petición de pagar clases al Rector, ni al Rector Asistente", no se sigue que dentro de sus funciones estuviera el dictarlas y que, dictadas sin dicha condición, no debieran ser remuneradas adicionalmente, que es la tesis del Tribunal.

Nótese, por otra parte, que la sentencia acusada condena al pago de salarios insolutos como valor de 35 clases y el recurrente no la ataca en este punto. Por tanto, los documentos en que el impugnante apoya su censura, si bien muestran que el sueldo del demandante como Vicerrector era de \$ 3.800.00 no contradicen la tesis del Tribunal, según la cual "Como no hay demostración alguna de que entre las funciones del doctor Espinel Blanco como Rector Asistente quedara incluida la obligación de dictar clases o que su cargo fuera el de Rector-Asistente-Profesor, esa labor adicional y especial debe ser remunerada también conforme al artículo 27 del Código

Sustantivo del Trabajo, cuando dice: 'Todo trabajo dependiente debe ser remunerado'."

Y por lo que hace al literal e) de la certificación que obra al folio 263 del Cuaderno principal, el Tribunal no la tomó como prueba de que el doctor Espinel Blanco dictase clases o de que su sueldo no fuese, como Rector Asistente, de \$ 3.800.00, sino como demostración de lo que la Universidad cubría por hora-clase "a los catedráticos y a los profesores de tiempo completo por las horas que exceden de su carga académica" y que "en un principio se pagaban \$ 15.00 hora, luego \$ 20.00 hora y finalmente hasta en la actualidad se pagan \$ 40.00, que fue el valor asignado sin yerro evidente a las dictadas por el demandante, en la sentencia acusada (se subraya).

Lo dicho indica que tampoco resulta probado con carácter ostensible o manifiesto el error de hecho que acaba de estudiarse.

El quinto error dice así: "Dar por demostrado, sin estarlo, que la Fundación Universidad de Pamplona despidió del cargo de Rector Asistente al demandante Víctor M. Espinel Blanco".

Sustenta el demandante este error arguyendo que el doctor Espinel Blanco no fue despedido, sino que la nueva Junta Directiva de la entidad no podía tener en cuenta el nombre del doctor Espinel Blanco, porque siendo Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona estaba impedido para desempeñar el de Rector Asistente de la Universidad oficializada, por lo cual ésta "se limitó a obedecer y a cumplir la Constitución y la ley, como era su deber, dando estricto acatamiento a los imperativos preceptos de carácter prohibitivo contenidos en el artículo 160 de la Constitución Nacional y en el artículo 80 del Decreto-ley número 250 de 1970. Al efecto, el precepto constitucional citado, al consagrar la prohibición que nos ocupa, dispone: 'Los cargos de la Rama Jurisdiccional no son acumulables y son incompatibles con el ejercicio de cualquier otro cargo retribuido y con toda participación en el ejercicio de la abogacía. Solamente se exceptúan de esta disposición los cargos docentes'. Igual prohibición reproduce el artículo 80 del Decreto-ley 250 de 1970.

"El Tribunal en la motivación de la condena por ruptura unilateral del contrato de

trabajo, folio 51 del Cuaderno número 2, expresa: 'Lo primero que cabe preguntar es si había razón o causa legal para que la Universidad diera por terminado el contrato de trabajo destituyendo de su cargo al doctor Espinel Blanco'. Y luego de referirse al artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que establece las causas para que el patrono dé por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, agrega lo siguiente: 'La Universidad no invocó ninguna de esas causales y el Rector, Reverendo Padre José Rafael Faria Bermúdez en carta del 21 de noviembre de 1970, se limitó a decirle al doctor Espinel Blanco que el Consejo Superior Universitario, instalado ese día, no había tenido en cuenta su nombre para ningún cargo'. Y refiriéndose a las razones de orden constitucional y legal aducidas por el apoderado de la Universidad, al contestar la demanda, en que niega el despido del demandante, el Tribunal manifiesta que "ese motivo no encaja dentro de las justas causas de que habla el citado artículo 7º del Decreto-ley 2351 de 1965 y porque son cosas muy distintas el nombramiento para un cargo y el ejercicio o desempeño del mismo".

"Es cierto que la prohibición y la incompatibilidad establecida en el artículo 160 de la Constitución Nacional y en el artículo 80 del Decreto 250 de 1970 no figuran expresamente entre las causales contempladas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965. Tal exigencia, sobra por innecesaria, si se tiene en cuenta que la Constitución prima sobre la ley y porque además, siendo tales normas de carácter prohibitivo, su fuerza obligatoria es absoluta, y como normas de orden público, no puede renunciarse el derecho correlativo a la obligación que imponen.

"Las normas de la Constitución y de la ley, que he citado, con su carácter prohibitivo y su fuerza obligatoria absolutas, son las que impidieron no el nombramiento, sino que se ratificara la designación que años antes le había hecho la Universidad al doctor Víctor M. Espinel Blanco para el cargo de Rector Asistente, que venía desempeñando simultáneamente con el de Magistrado del Tribunal de Pamplona".

"Resulta de lo anterior, que el Tribunal incurrió en el error de hecho evidente y

manifiesto de estimar que el demandante fue despedido por la Universidad, del cargo que desempeñaba como Rector Asistente de la misma, apreciando equivocadamente los documentos que he relacionado antes y el que obra al folio 2 del cuaderno principal, por medio del cual el señor Rector de la Universidad le informa al demandante, el día 21 de noviembre de 1970 'que el Consejo Superior de la Fundación Universidad de Pamplona al proveer los cargos directivos en la nueva organización de la Universidad como entidad oficial, no tuvo en cuenta su nombre para ninguno de ellos'."

El opositor se limita a contra-argüir lo siguiente: "El quinto, da por error el despido del doctor Espinel. El Tribunal estimó con legitimidad y según las normas de apreciación probatoria que no dan tal error, que el doctor Espinel sí fue despedido".

El Tribunal dijo a este respecto lo siguiente:

"Indemnización por la ruptura unilateral del contrato de trabajo.

Está plenamente establecido y aceptado además por la Universidad y por su apoderado, que entre ésta y el doctor Espinel Blanco existió un verdadero y auténtico contrato de trabajo, dentro de la definición y condiciones de que tratan los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

"No hay, pues, la menor duda al respecto.

"En el hecho 2º de la demanda el doctor Luna Rico habla de un contrato verbal a 'término indefinido' y al contestar la demanda el doctor Martínez Molina dice: 'No (sic) acepto igualmente'.

"¿Cómo terminó este contrato verbal por tiempo indefinido?

"Había y hay tres maneras de hacerlo: por convenio amigable de las partes; por la renuncia que de su cargo de Rector Asistente hubiera presentado el doctor Espinel Blanco; por la ruptura unilateral del contrato por parte de la Universidad.

"Está fehacientemente demostrado en el proceso que no ocurrió ninguna de las dos primeras hipótesis, pero sí la tercera.

"Lo primero que cabe preguntar es si había razón o causa legal para que la Universidad diera por terminado el contrato de trabajo destituyendo de su cargo al doctor Espinel Blanco.

"Los artículos 61, 62, 63 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo fueron suspendidos por el Decreto legislativo número 2351 de 1965, el cual fue adoptado como ley por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, lo que vale decir que están derogados.

"El artículo 7º del citado decreto-ley establece cuáles son las justas causas para que el patrono dé por terminado unilateralmente el contrato de trabajo.

"El párrafo del citado artículo dice: 'La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa terminación. Posteriormente no pueden agregarse válidamente causales o motivos distintos'.

"Ahora bien: La Universidad no invocó ninguna de esas causales y el Rector, Reverendo Padre José Rafael Faría en carta del 21 de noviembre de 1970 se limitó a decirle al doctor Espinel Blanco que el Consejo Superior Universitario, instalado ese día, no había tenido en cuenta su nombre para ningún cargo.

"Sin embargo, el doctor Martínez Molina en la contestación de la demanda dice que había un motivo 'constitucional y legal' para que la Universidad prescindiera del servicio del doctor Espinel Blanco.

"Lo hace consistir en el hecho de que estaba y está desempeñando el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona.

"Para los suscritos Conjuces tal interpretación es equivocada, porque ese motivo no encaja dentro de las justas causas de que habla el citado artículo 7º del Decreto-ley 2351 de 1965 y porque son cosas muy distintas el nombramiento para un cargo y el ejercicio o desempeño del mismo.

"Nada impedía ni prohibía, ni impide ni prohíbe a la Universidad el nombrar al doctor Espinel Blanco como Rector, Vicerrector, Decano, etc., aunque éste esté en ejercicio de las funciones de Magistrado del Tribunal.

“La incompatibilidad está no en el nombramiento sino en el hecho de que el doctor Espinel Blanco desempeñara al mismo tiempo o simultáneamente dos cargos oficiales uno en el Tribunal y el otro en la ya oficializada Universidad.

“El doctor Espinel Blanco no podía ejercer los dos cargos a la vez; pero sí tenía derecho a escoger entre el uno y el otro en el caso de que la Universidad lo hubiera nombrado, es decir, o renunciaba a la Magistratura o a la Vicerrectoría de aquélla.

“Si optaba por este último cargo lo estaría desempeñando y entonces no estaba demandando el pago de prestaciones sociales o indemnizaciones de ninguna especie.

“Y si nombrado lo declinaba o renunciaba, entonces no habría lugar a la ruptura unilateral del contrato de trabajo por parte de la Universidad.

“El doctor Edmundo Harker Puyana, ilustre ex-Magistrado de la Sala Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia, en el concepto que rindió a solicitud del doctor Espinel Blanco y que obra en autos, se expresa sobre el particular así:

“Es insostenible, por último, que la Universidad pretenda justificar la prescindencia de sus servicios en el hecho de tener usted la calidad de Magistrado, considerada como incompatible con su cargo en dicha institución y con la prohibición constitucional de recibir más de una asignación del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado (Art. 64 C. N.). Aparte de que la Universidad no estaba autorizada para prejuzgar sobre su conducta eventual, entrando a saco en su fuero privado desde luego que en el libre arbitrio de usted quedaba hacer dejación de uno u otro cargo, según su mejor conveniencia. Sin olvidar, además que la misma Carta establece como excepción especialísima la compatibilidad entre los cargos de la Rama Jurisdiccional y los cargos docentes (Art. 160 C. N.).”

“Desvirtuada así la interpretación que da el doctor Martínez Molina sobre la incompatibilidad o prohibición para el simple nombramiento del doctor Espinel Blanco para un cargo directivo en la Universidad, queda en pie la confesión que hace al contestar el hecho 5º de la demanda en

estos términos: ‘Lo acepto en cuanto que el 21 de noviembre último el Consejo Superior de la Universidad aprobó el Estatuto Orgánico y proveyó los cargos directivos excluyendo al doctor Espinel Blanco’.

Más adelante afirma:

“Repetimos que no hay obstáculo, inconveniencia, ni prohibición constitucional o legal para que un Magistrado sea nombrado en otro cargo, pero lo que sí no puede hacer es devengar dos sueldos o asignaciones del Tesoro Público, salvo la excepción general consagrada en el artículo 307 del Código de Régimen Político y Municipal, común para todos los empleados públicos y la especial consagrada en el artículo 80 del Decreto legislativo número 250 de 18 de febrero de 1970, relativa a los funcionarios de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público y además el artículo 160 de la Constitución Nacional.

“En conclusión, el doctor Espinel Blanco nunca puede considerarse como funcionario de la Universidad oficializada porque ni obtuvo nombramiento ni se posesionó, cosas que son las que confieren ese carácter”.

La Sala considera

Admitido que el 21 de noviembre de 1970 culminó el proceso de oficialización de la Universidad de Pamplona, por no haber prosperado el primer error de hecho relacionado con la tesis del recurrente de que ese fenómeno se cumplió el 5 de agosto del mismo año, es forzoso concluir que ese día desapareció la entidad privada y surgió el instituto público departamental y, por tanto, este cambio de naturaleza de la institución implicaba el de las relaciones con sus servidores, que adquirirían o la de empleados públicos o la de trabajadores oficiales, regidos por estatutos especiales y no por el Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 3º, 4º y 492 de éste.

Pero es obvio que para la aplicación a un caso concreto de aquellos estatutos y no del mencionado Código es necesario o que quien venía al servicio de la entidad privada continuara en el de la oficial o que fuera nombrado por ésta, como trabajador nuevo. Es decir, hay que distinguir dos períodos en lo referente al cambio del régi-

men legal que se estudia: corresponde el primero a la etapa en que la entidad era particular y que sólo podía gobernarse por el Código dicho y el segundo es el que se refiere al momento en que surgió la entidad oficial y que ya no podía regirse por aquel Código, sino por los estatutos especiales correspondientes.

En estas condiciones, resulta que el doctor Espinel Blanco fue reemplazado en su cargo de Rector Asistente el día que remató el proceso de oficialización de la Universidad (21 de noviembre de 1970). Por tanto, terminaron allí sus relaciones con la entidad privada a que venía sirviendo, sin que alcanzara a ser empleado o trabajador de la oficial, porque ésta no lo admitió en la nómina de directores que designó ese día.

Este hecho es el que el recurrente considera que no constituyó despido indemnizable, porque el doctor Espinel Blanco se encontró ante una prohibición constitucional de devengar dos sueldos de un mismo tesoro, pues siendo Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona no podía al mismo tiempo continuar como Rector de la institución oficializada.

Pero una cosa es la prohibición de devengar dos sueldos de un mismo tesoro y otra la posibilidad de escogencia del nombrado en dos cargos incompatibles para aceptar uno u otro o para renunciar al uno e ingresar al otro. Dicha prohibición por sí misma no impide el nombramiento de quien desempeña un cargo oficial para otro de la misma índole, pues el nombrado es quien debe escoger con cuál de los dos se queda. Esta decisión no corresponde a la entidad nominadora, sino al empleado designado.

Y en el caso sub judice la situación es esta: cuando se oficializó la Universidad el doctor Espinel Blanco desempeñaba el cargo de Vicerrector. Desde aquel momento era incompatible este cargo con el de Magistrado que también servía; pero era él el llamado a decidir en cuál de los dos prefería continuar. Si la Universidad lo hubiese confirmado como Vicerrector, el demandante hubiera podido seguir como tal, renunciando a la magistratura, o a la inversa, hubiese podido renunciar a la Vicerrectoría para mantenerse como Magis-

trado del Tribunal de Pamplona. El Consejo Superior Universitario no podía anticiparse a esta decisión para retirarlo de la Vicerrectoría, suponiendo que iba a desempeñarla al mismo tiempo que la magistratura.

En consecuencia, la sentencia del Tribunal en este punto no comporta error de hecho manifiesto o evidente, lo que implica que no resulta probado que las normas de la Constitución y la ley "con su carácter prohibitivo y su fuerza obligatoria absolutas" fueron las que impidieron "que se ratificara la designación que años antes le había hecho la Universidad al doctor Víctor Espinel Blanco para el cargo de Rector Asistente", según lo afirma el casacionista.

El séptimo error, consistente en "no dar por demostrado, estándolo, que la Fundación Universidad de Pamplona le concedió y pagó al demandante las vacaciones a que tenía derecho correspondientes al año de 1970", lo fundamenta en la siguiente forma:

"Dice el Tribunal, al folio 48, que 'no hay constancia de que se le hubieran pagado al doctor Espinel Blanco las vacaciones correspondientes al último año de servicio y hay que suponer que se le adeuda porque las vacaciones nunca se pagan anticipadamente'. Semejante afirmación aparece totalmente contradicha con la propia Resolución número 19 de fecha 13 de julio de 1970 que obra a folios 97 y 98, con la firma autógrafa del propio demandante, que se autoriza el pago de \$ 7.600.00 por concepto de compensación de vacaciones, suma que aparece le fue pagada, según la nómina del mes de julio de 1970, folio 359, suscrita por el doctor Víctor M. Espinel Blanco Rector Asistente. Lo anterior se confirma también, con el documento que obra al folio 258 y que contiene el Acta número 182 de la sesión de la Junta Administradora de la Fundación Universidad de Pamplona, correspondiente al 13 de julio de 1970, a la cual asistió como Vicepresidente el doctor Víctor M. Espinel Blanco.

"Por otra parte, al folio 412 obra la comunicación suscrita por el Decano Académico de la Universidad, en la cual consta que las vacaciones correspondientes al año de 1970, fueron del 22 al 29 de marzo, del

13 de junio al 17 de agosto de 1970 y del 22 de diciembre al 7 de enero de 1971.

"Resulta de lo anterior, que durante el año de 1970 el demandante disfrutó de más de 60 días de vacaciones remuneradas, pues se le pagaron sus sueldos completos como Rector Asistente, según aparece de las nóminas y documentos de pago que obran de folios 346 a 386; recibió, además, la suma de \$ 7.600.00 que el mismo demandante aparece reconociéndose por medio de la Resolución número 19 de 13 de julio de 1970, que obra a folios 97 y 98.

"Existe, pues, constancia del goce y del pago de vacaciones al demandante por el año de 1970, por tanto, el Tribunal incurrió en error de hecho evidente y manifiesto, al afirmar lo contrario y al condenar a su pago".

El opositor replica lo que se copia:

"El séptimo, situación similar. No aparece el error. Es cierto y consta de autos de que se pagó la cantidad de \$-7.600.00 por concepto de vacaciones en 10 años pero lo es también que tal suma no cubre la totalidad de tal prestación que realmente sería equivalente a 15 días hábiles por cada año de servicio y en consecuencia en tal guarismo no está incluido el valor de las vacaciones de 1970, vacaciones que como tales no se pagan anticipadamente a su producción".

La Sala considera

El primer documento invocado por el recurrente para fundar este error que atribuye a la sentencia, es la Resolución número 19 de 13 de julio de 1970 "por la cual se reconocen en dinero unas vacaciones", cuyos considerandos rezan: "2. Que de los funcionarios anteriormente mencionados, los señores Secretario General y Rector Asistente han disfrutado de vacaciones por un término de 15 días el primero de ellos desde el 1º de abril al 17 del mismo mes en el año de 1967; y el señor Rector Asistente entre el 20 de diciembre de 1968 y el 11 de enero de 1969. 3. Que los tres funcionarios a que se hace referencia en los considerandos anteriores, están al servicio de la Fundación Universidad de Pamplona desde el 23 de noviembre de 1960, es decir, que contabilizan 9 años y 8 meses de servicio. 4.

Que de acuerdo a las autorizaciones concedidas por el Ministerio del Trabajo a la Fundación Universidad de Pamplona, como entidad privada sin ánimo de lucro, la institución reconoce únicamente el 50 % de las prestaciones de ley. 5. Que por la circunstancia mencionada en el considerando anterior, los señores Rector Asistente, Secretario General y Síndico General de la Fundación Universidad de Pamplona, tendrían derecho a vacaciones correspondientes a 5 años de servicio. 6. Que de acuerdo al considerando anterior, y por haber disfrutado de 15 días de vacaciones los señores Rector Asistente y Secretario General, tienen derecho a que se les reconozca 60 días de vacaciones".

De aquí que el artículo 1º de tal resolución dispusiese: "Artículo primero. Reconocer a los señores Rector Asistente, y Secretario General de la Fundación Universidad de Pamplona, doctores Víctor Manuel Espinel Blanco y Eduardo Villamizar Lemus, la suma de \$ 7.600.00 moneda corriente, por concepto de 60 días de vacaciones no disfrutadas de acuerdo al considerando número 6 de la presente Resolución".

El segundo documento es la "nómina del personal administrativo de Fundación Universidad de Pamplona en el mes de julio de 1970, correspondiente a vacaciones" glosada al folio 359 del Cuaderno principal y en la que se lee: "Víctor Manuel Espinel Blanco. 4 años. 60 días. \$ 7.600.00" y la que está suscrita por el beneficiario.

El tercer documento es una carta, que corre al folio 412 del Cuaderno principal, en que el Decano encargado de la Decanatura Académica de la Universidad le manifiesta al Secretario de la misma cuáles fueron los días de vacaciones en el año de 1970 y que concluye de esta manera: "En consecuencia, el personal docente de la Universidad disfrutó de 8 días de vacaciones en Semana Santa: 64 días a mitad de año y 15 días al fin de año". (Se subraya).

De estos documentos, el último no viene al caso pues se refiere al personal docente de la Universidad y las vacaciones que aquí se discuten son las del demandante como Rector Asistente, cargo administrativo.

De los otros dos documentos resulta claro el siguiente cómputo: al actor le fueron

reconocidos 60 días de vacaciones, a los cuales hay que agregar 15 que había disfrutado en tiempo, lo que arroja un total de 75 días, equivalentes a 10 años de servicio, sobre la base del reconocimiento del 50% de esta prestación, que corresponde, a su vez, a 150 días del 100% de la misma y que igualmente equivaldrían a 10 años de servicio.

Por lo tanto, incurrió el Tribunal en error de hecho al reconocer al demandante las vacaciones del último año de trabajo, pagadas anticipadamente, lo que conduce a casar la sentencia en este punto y, en función de instancia, a confirmar la del a quo, que negó este reconocimiento.

El octavo error está concebido de la siguiente manera:

"No dar por demostrado, estándolo, que la Fundación Universidad de Pamplona pagó al demandante Víctor M. Espinel Blanco el auxilio de cesantía y las prestaciones que estimó deberle, dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que dejó de prestar sus servicios".

La sustentación de este error es la siguiente:

"La Fundación Universidad de Pamplona como institución oficial que lo era al tiempo en que el demandante dejó de prestar sus servicios a la Universidad, gozaba de un término de 90 días para reconocer y pagar a sus trabajadores el valor de las prestaciones sociales que quedara a deberles al tiempo de la terminación del contrato, tal como lo preceptúa el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, reglamentario del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, y que adicionó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945.

"El demandante dejó de prestar sus servicios a la Universidad el 21 de noviembre de 1970, y ésta le reconoció y pagó las prestaciones que estimó deberle, el día 28 de enero de 1971, con el cheque número 185686 sobre el Banco del Comercio de Pamplona, por la cuantía de \$ 30.647.29, tal como aparece de la propia comunicación del demandante dirigida al Rector de la Universidad, que obra al folio 46 y siguientes, en la que acusa recibo de la liquidación de tales prestaciones y del cheque mencionado.

"De acuerdo con lo anterior, entre la fecha del retiro del trabajador y la del día en que se le pagaron sus prestaciones, ape-

nas habían transcurrido 67 días, o sea que el Tribunal incurrió en el error manifiesto de considerar que la Universidad estuvo en mora de pagar las prestaciones debidas al demandante, error con incidencia en la parte resolutive del fallo, pues condenó a la Universidad a pagar dos indemnizaciones moratorias, que se contienen en los puntos quinto y séptimo de la parte resolutive de la sentencia".

El opositor contesta:

"El octavo es la presentación de un pretendido error de hecho cuando él sustancialmente no es más que la alegación habilitosa de la tesis de que el doctor Espinel no está amparado por el Código Sustantivo del Trabajo. El traer a cuento los 90 días para el pago evoca la falta de aplicación de un régimen jurídico, lo cual no es error de hecho".

La Sala considera

Para que sea procedente el ataque por error de hecho es necesario que el recurrente y el sentenciador discrepen en la existencia de un suceso debatido en el juicio, bien porque éste lo dio por probado sin estarlo o ya, porque hallándose establecido, no lo tuvo por tal. Y en el punto a estudio el juzgador no niega que el pago de las prestaciones sociales lo hubiera hecho la Universidad dentro de los 90 días siguientes a la fecha de terminación de la relación jurídica del doctor Espinel Blanco. Por el contrario, al afirmar que "el pago parcial de las prestaciones lo hizo sólo el 26 de enero de 1971, o sea, que incurrió en una demora equivalente a 65 días" y al condenar en el punto 5º de la parte resolutive a satisfacer "indemnización por mora en 65 días en el pago de las prestaciones", está admitiendo con meridiana claridad que el pago de esas prestaciones se efectuó dentro de los 90 días siguientes al retiro del actor.

Por lo tanto, no se ve error de hecho por este aspecto. Cosa distinta es que el régimen legal aplicable al demandante fuera el del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que ha debido tenerse en cuenta para imponer esa indemnización a la demandada; pero este aspecto no puede dilucidarse por

la vía del error de hecho inexistente, según se ha mostrado.

El último error de que el casacionista acusa el fallo sub *judice*, asienta:

"No dar por demostrado, estándolo, el elemento buena fe, que acredita una duda justificada de la Universidad de Pamplona, que le ha permitido desconocer sin malicia o temeridad a las prestaciones e indemnizaciones que reclama el demandante".

Lo sostiene con la argumentación que se copia:

"Si la Fundación Universidad de Pamplona se oficializó a partir del 5 de agosto de 1970 según los documentos de folios 153 a 154 de folios 164 a 176; si en virtud de esa oficialización se produjo la incompatibilidad constitucional del demandante para desempeñar, simultáneamente, el cargo de Rector Asistente con el de Magistrado del Tribunal Superior; si esta situación violatoria de la Constitución y de la ley fue la causa para que se ratificara la designación del doctor Espinel Blanco para el aludido cargo de Rector Asistente, a partir del 21 de noviembre de 1970; si la Universidad siempre ha considerado, que el retiro del demandante se produjo, no por despido, que es lo que ocasiona indemnización, sino a virtud de la incompatibilidad constitucional, antes mencionada; si en la debida oportunidad la Universidad pagó al demandante el valor de su cesantía; y si a todo lo largo del proceso ha sostenido esta misma actitud, apoyada en razones valederas que la justifiquen y en documentos que la respaldan, se concluye que el sentenciador incurrió en error de hecho al no considerar que el elemento buena fe debe tomarse en cuenta para la aplicación de la sanción prevista tanto en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como en el caso previsto en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945 que desarrolla y reglamenta el precepto contenido en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945.

"Este error de hecho, que aparece evidente y manifiesto, indujo al sentenciador a producir las condenas por mora que se contienen en los puntos 5º y 7º de la parte resolutive de la sentencia impugnada".

El oponente contra-arguye diciendo:

"El noveno, que habla de la buena fe de la Universidad. Fuere como fuere el Juzgado de segunda instancia no hizo jugar la

buena fe —y no la había— y esta etapa de casación no es la idónea para variar tal situación cuando incluso examinadas las constancias procesales aparece que la Universidad, que se encontraba debidamente asesorada y que de consiguiente no era un patrono como muchos más o menos ignorantes de las normas legales fundamentales del derecho laboral, si sabía de la existencia del vínculo laboral y mal podía ignorar las consecuencias de la ruptura del contrato en forma unilateral sin justa causa".

La Sala considera

El error apuntado por el recurrente involucra dos condenas indemnizatorias impuestas por el Tribunal y motivadas en consideraciones distintas, como pasa a mostrarse:

Con relación al punto 5º de la parte resolutive, que ordena cubrir "indemnización por la mora en 65 (sesenta y cinco) días en el pago de las prestaciones, lo cual suma nueve mil ochocientos cincuenta y siete pesos con noventa centavos (\$ 9.857.90) moneda corriente", se expresó así el fallo acusado:

"Indemnización por diversos conceptos. Estudiaremos también una por una las diversas indemnizaciones que demanda el doctor Juan de la Rosa Luna Rico para su poderdante, doctor Espinel Blanco.

"Es la primera la indemnización por la mora en el pago parcial de las prestaciones sociales que la Universidad le hizo.

"Esta terminó unilateralmente el contrato de trabajo existente con el doctor Espinel Blanco el día 21 de noviembre de 1970 y el pago parcial de las prestaciones lo hizo sólo el 26 de enero de 1971 o sea que incurrió en una demora equivalente a sesenta y cinco (65) días de modo que evidentemente incurrió en la sanción prevista del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo o sea la de pagar 'una suma igual al último salario diario por cada día de retardo' lo cual asciende en el presente caso a la suma de nueve mil ochocientos cincuenta y siete pesos con noventa centavos (\$ 9.857.90).

"Como según el artículo citado el pago de los salarios y prestaciones debe hacerse

por el patrono al trabajador inmediatamente termina el contrato y lo único que lo exime de la sanción es el pago o su consignación ante el juez del Trabajo o ante la primera autoridad política del lugar, cosas que la Universidad no hizo, se la debe condenar al pago de esa indemnización revocando en esta parte la sentencia del juzgado a quo, el cual omitió hacerlo invocando la buena fe de que no habla en ninguna parte la citada disposición, haciendo caso omiso además de la evidente demora de sesenta y cinco días”.

Y por lo que hace a la condena séptima que ordena satisfacer “indemnización por la mora en el pago de las indemnizaciones anteriores, relativas a la ruptura unilateral del contrato de trabajo, el valor de los sueldos dejados de devengar desde el 21 de noviembre de 1970 hasta el día del pago total de la suma de que habla la parte resolutive de esta sentencia, a razón de \$ 4.550.00 (cuatro mil quinientos cincuenta pesos) moneda corriente, mensuales, expuso las siguientes consideraciones:

“Indemnización por la mora en el pago de las indemnizaciones a causa de la ruptura unilateral del contrato de trabajo por parte de la Universidad”. El doctor Juan de la Rosa Luna Rico en la demanda y al tratar de los fundamentos de derecho se refiere expresamente a ‘la indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones, Código Sustantivo del Trabajo, artículo 65’.

“El artículo 1º del Decreto 797 de 1949 estatuye: ‘El artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 quedará así: ‘Salvo estipulación expresa en contrario, no se considerará terminado el contrato de trabajo antes que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones, indemnizaciones que le adeuda, salvo las retenciones autorizadas por la ley o la convención: si no hubiere acuerdo respecto del monto de la deuda bastará que el patrono consigne ante el juez o ante la primera autoridad política del lugar la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decida la controversia.

“El parágrafo 2º se refiere a los empleados oficiales con la modificación de que da un plazo de noventa días para el pago considerando suspendidas las relaciones laborales en ese lapso.

“En esta materia de la obligación en que está la Universidad de Pamplona de pagar al doctor Espinel Blanco los salarios caídos por el no pago oportuno de la indemnización debida por la ruptura unilateral del contrato de trabajo acogemos la tesis 197, 198, 199, 565 y 566 de su importante obra ‘Derecho del Trabajo’ expone el doctor Guillermo González Charry ex-Presidente del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo y que el doctor Luna Rico transcribe en su alegato ante el Tribunal y que nos abstenemos de reproducir ahora para no alargar esta providencia.

“Aun en el supuesto de que el actor no hubiera demandado expresamente esa indemnización debe decretarse oficiosamente porque según el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo. ‘Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados’.

“El caso que contemplamos no constituye precisamente ninguna excepción.

“Tampoco puede alegarse como tal la buena fe porque la Universidad y su apoderado se niegan a reconocer ese derecho y éste se apoya en disposiciones legales inaplicables y derogadas.

“Además, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, habla de salarios y prestaciones, palabra ésta cuyo significado incluye también las indemnizaciones por cualquier concepto.

“Debemos tener en cuenta por otra parte, que las leyes laborales tienen por objeto esencial proteger el trabajo y a los trabajadores y con ese criterio deben interpretarse y aplicarse.

“Por lo tanto, debe condenarse a la Universidad de Pamplona a pagar al doctor Espinel Blanco, a título de indemnización por la mora en el pago de las indemnizaciones previstas en el artículo 8º del Decreto legislativo número 2351 de 1965, el valor de los llamados salarios caídos o sea el de los sueldos que dejó de devengar desde el 21 de noviembre de 1970, fecha de la oficialización de la Universidad y de la ruptura unilateral del contrato de trabajo sin justa causa”.

De los pasajes transcritos resulta indudable que el sentenciador impuso una doble condena por indemnización moratoria, ya que la primera por la demora de 65 días en el pago del auxilio de cesantía y del preaviso, abarca del 21 de noviembre de 1970 en que el actor salió del servicio hasta el 26 de enero de 1971 y la segunda se decreta también desde el 21 de noviembre del mismo año de 1970 hasta que se pague el valor de las condenas impuestas. No obstante, aquélla no puede examinarse en este error de hecho, porque el casacionista plantea sobre el particular el cargo siguiente y su argumentación se encamina sólo a atacar la segunda, que es la que pasa a estudiarse:

De acuerdo con las pruebas del proceso, no aparece que la Universidad hubiese negado ningún derecho cierto o indiscutible del demandante, puesto que le satisfizo el valor de vacaciones en forma generosa por 10 años de servicio, sin alegar la prescripción de parte de ellas, y le pagó lo que creía deberle por auxilio de cesantía y falta de preaviso, dentro de los noventa días siguientes al despido, creyéndose amparada, como entidad oficial, por el plazo de gracia señalado en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

Y en lo referente a la indemnización por la ruptura unilateral del contrato de trabajo del doctor Espinel Blanco, que es el fundamento para la imposición de esta segunda sanción moratoria, surge de lo probado, lo siguiente:

Se ha debatido como punto esencial del proceso si la “oficialización”, de la demandada se efectuó en 5 de agosto de 1970 o el 21 de noviembre del mismo año, fechas que dan por resultado a que el actor estuvo durante 3 meses sirviendo simultáneamente los cargos de Vicerrector de la Fundación Universidad de Pamplona y de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial del mismo nombre o el que no alcanzó a prestar al mismo tiempo dicho servicio, porque en la última fecha fue reemplazado en el cargo directivo en cuestión. Y la definición de este tema es dudosa, pues el Decreto 553, arriba estudiado, es contradictorio o ambiguo al declarar en su artículo 1º que la fundación privada “será institución de enseñanza superior oficial y departamental” y al expresar en su artículo 6º que “mientras se organiza y funciona la nueva

entidad departamental, continuará rigiéndose por sus propios estatutos”. Esta situación la resolvió el Tribunal en favor de la tesis de que esa “oficialización” culminó el 21 de noviembre, contra la de la Universidad de que se llevó a cabo el 5 de agosto, y la Sala, en el estudio del respectivo error de hecho, encontró que no lo había con carácter de manifiesto u ostensible, por la indicada situación dudosa.

Pero lo evidente es que existía la duda, en cuya virtud la Universidad de buena fe consideró que el demandante servía simultáneamente ambos cargos y que en acatamiento del artículo 64 de la Constitución Nacional, no debía reelegirlo para el de Vicerrector.

Esa ruptura unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo del actor, indemnizable conforme al Código Sustantivo del Trabajo, no aparece así como un derecho cierto e indiscutible y menos en un asunto *sui generis*, como el presente, en que se trata de una entidad privada sustituida por una pública y a la cual, por vía analógica, el sentenciador aplicó la teoría de la sustitución patronal, con apoyo en jurisprudencias referentes al cambio de un patrono privado por otro de la misma índole o por uno oficial que reemplaza a otro de igual carácter y que es a lo que se refiere la sentencia de esta Sala de 29 de mayo de 1970, que el Tribunal invoca, y que trata de la subrogación de obligaciones laborales entre las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla y el Municipio del mismo nombre.

La sentencia desconoce, por otra parte, la buena fe en lo referente a este punto, diciendo: “La Universidad y su apoderado se niegan a reconocer ese derecho y éste se apoya en disposiciones legales inaplicables y derogadas”, lo que envuelve grave error, ya que teniendo apoyo en autos, dentro del criterio lógico atrás examinado, la tesis de la demandada de que su oficialización se realizó el 5 de agosto de 1970 juzgó sin temeridad que estuvo ligada a ella el actor como empleado oficial, por lo que las disposiciones que le eran aplicables no correspondían al Código Sustantivo del Trabajo, sino a la Ley 6ª de 1945, a su Decreto reglamentario 2127 del mismo año y a las demás disposiciones que adicionan, complementan o re-

forman esos estatutos, los que no fueron derogados, en bloque como lo asienta el Tribunal, por el Decreto 3135 de 1968, pues el artículo 43 del mismo lo que establece es que deroga los preceptos que le fueren contrarios y no lo hace expresamente con relación a ninguna norma anterior a él. Por consiguiente, sólo las de los mencionados estatutos, que dentro del campo de aplicación del 3135, resulten contrarias a su letra o a su espíritu, pueden mirarse como subrogadas por éste. Desaparece así este argumento sobre la mala fe del instituto demandado en cuanto el fallo considera que "se apoya en disposiciones legales inaplicables y derogadas".

Por lo consiguiente, este error prospera y habrá de casarse la sentencia en cuanto a la condena impuesta por indemnización moratoria en el punto 7º de su parte resolutive.

Tercer cargo

"Acuso la sentencia del Tribunal de violación directa, por interpretación errónea, de los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo, 11 de la Ley 6ª de 1945, en relación con los artículos 51 del Decreto 2127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949 y con lo dispuesto por los artículos 1613 y 1614 del Código Civil. Esta violación, como consecuencia, condujo al Tribunal, a aplicar indebidamente el artículo 8º, numerales 1º, 2º y 4º del Decreto legislativo número 2351 de 1965, adoptado como ley permanente por el artículo, 3º de la Ley 48 de 1968.

Demostración del cargo

"El Tribunal para condenar a la Universidad a la indemnización por mora de 65 días en el pago de las prestaciones debidas al demandante, en cuantía de \$ 9.857.90, según el punto 5º de la parte resolutive de la sentencia expresa lo siguiente:

"Como según el artículo citado el pago de los salarios y prestaciones debe hacerse por el patrono al trabajador inmediatamente termina el contrato y lo único que lo exime de la sanción es el pago o su consignación ante el juez del Trabajo o ante la primera autoridad política del lugar, cosas que la Universidad no hizo, se la debe condenar al pago de esa indemnización revo-

cando en esta parte la sentencia del juzgado a quo, el cual omitió hacerlo invocando la buena fe de que no habla en ninguna parte la citada disposición, haciendo caso omiso además de la evidente demora de sesenta y cinco (65) días".

"La anterior interpretación que hace el sentenciador, de que no debe tenerse en cuenta la buena fe para aplicar la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo es contraria a su alcance y contenido y a su recto entendimiento, pues es constante la jurisprudencia de esa honorable Sala, en que se expresa que el sentido de la disposición del artículo 65 mencionado, en su verdadero entendimiento, conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o de buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria entrañaría aberración contraria a las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso (sentencia de casación del 9 de abril de 1959, Gaceta Judicial N° 90, Pág. 423).

"Y en sentencia de 19 de junio de 1959, publicada en el Derecho del Trabajo, volumen 24, números 142/144, página 201, dice la Corte, por medio de su Sala Laboral: 'El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones, pero no se refiere a indemnizaciones, o sea, que el no pago de las prestaciones debidas a la terminación del contrato, no acarrea la obligación, consagrada en el citado artículo 65.

"La mora en el pago de la indemnización por ruptura unilateral o ilegal del contrato no acarrea la indemnización a que se refiere el mismo artículo.

"Por otra parte, la indemnización de perjuicios a que se refiere el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, tiene su fuente e inspiración en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, que consagra la indemnización de perjuicios por incumplimiento de lo pactado en el contrato laboral. Estos perjuicios, no son otros que los causados por el daño emergente y el lucro cesante, y los salarios correspondientes al tiempo faltante para

el cumplimiento del plazo pactado o presuntivo.

"Ahora bien: los salarios a que se refiere la norma del artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, constituyen el lucro cesante, de manera que establece una doble indemnización de perjuicios por dicho concepto, excediendo los límites del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, según ha dicho la Corte en sentencia de 31 de mayo de 1968, Gaceta Judicial, 2267, página 475.

"La misma Corte completando el concepto interpretativo de la mencionada norma ha expresado, lo siguiente: 'Por consiguiente, cuando el decreto establece el derecho a tales salarios además de esta indemnización, presenta como acción independiente lo que sólo es un elemento de la mencionada acción indemnizadora, y desvía el criterio interpretador hacia el reconocimiento distinto de cosas que se confunden. Tal distinción no es posible en nuestra legislación en vigor, y debe concluirse que, mientras la ley no lo consagre con carácter especial, a la manera de algunas legislaciones foráneas, el derecho a los salarios del tiempo faltante está comprendido en la acción de perjuicios establecida en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945'.

"Como el Tribunal al sustentar la indemnización por mora en el pago de las indemnizaciones a causa de ruptura unilateral del contrato de trabajo (folios 60 y 61) afirma que 'el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo habla de salarios y prestaciones, palabra ésta cuyo significado incluye también las indemnizaciones por cualquier concepto' y en consecuencia, condena a la Universidad a pagar al demandante a título 'de indemnización por la mora en el pago de las indemnizaciones previstas en el artículo 8º del Decreto legislativo 2351 de 1965', el valor de los llamados salarios caídos, conforme a lo expresado en el punto 7º de la parte resolutive del fallo, debe concluirse que el sentenciador violó directamente, por interpretación errónea las normas que he indicado y como consecuencia, aplicó indebidamente el artículo 8º en sus numerales 1º, 2º y 4º del Decreto 2351 de 1965, al producir la doble condena a que me he referido.

"Con apoyo en lo anterior, respetuosamente reitero mi solicitud para que la ho-

norable Corte case la sentencia impugnada y produzca la decisión de instancia conforme a lo pedido en esta demanda".

El opositor replica:

"Finalmente, breves consideraciones al tercer cargo: La indemnización por mora en el pago de la indemnización a causa de la ruptura unilateral del contrato la fundó el Tribunal en el Decreto 797 de 1949 que establece la presunción de supervivencia del contrato que aunque no menciona para la situación la 'buena fe' de todas maneras el Tribunal la desechó expresamente como aparece del párrafo:

"Tampoco puede alegarse como tal la buena fe porque la Universidad y su apoderado se niegan a reconocer ese derecho y éste se apoya en disposiciones legales inaplicables y derogadas' (folio 61 del C. de 2ª instancia).

"El Tribunal aceptando la posibilidad de la alegación de la existencia de una 'buena fe' en la demandada, no encontró en el proceso su establecimiento sino muy al contrario la de la mala fe a contrario sensu, pues la conducta de hecho y 'jurídica' de la Universidad a tal conclusión lo llevaron.

"El Tribunal condenó al pago de los salarios caídos según el artículo del Código Sustantivo del Trabajo por la mora en el pago desde el día 21 de noviembre de 1970 hasta el día 26 de enero de 1971, o sea 65 días.

"El Tribunal para verificar la aplicación del Decreto 797 lo hizo acoviendo la tesis del doctor Guillermo González Charry, ex-Presidente del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo, a la cual me remito en las transcripciones que hace dicho Tribunal y a la cual se halla íntegramente expuesta de las páginas 191 a 198, 565 a 566, de la obra 'Derecho del Trabajo' del citado autor.

"Y para concluir, el cargo como viene expresado por el recurrente no puede prosperar en cuanto que parte de un supuesto de hecho: la buena fe que como tal supuesto debería haber sido presentado para los efectos de error de hecho y de él, a través de la violación indirecta a la infracción de la ley sustantiva.

"Por todo lo expuesto ahincadamente pido a esa honorable Sala se sostenga la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona en cuestionamiento denegándose los cargos de la recurrente".

Se estudia el cargo

Para este fin, la Sala tiene en cuenta que el recurrente ataca en esta censura la indemnización moratoria por los dos conceptos expresados en la sentencia impugnada, según se mostró arriba con la transcripción de los pasajes correspondientes de ella. En efecto: en el primer párrafo de la sustentación del cargo el casacionista afirma: "El Tribunal para condenar a la Universidad a la indemnización por mora de 65 días en el pago de las prestaciones debidas al demandante, en cuantía de \$ 9.857.90, según el punto 5º de la parte resolutive de la sentencia, expresa lo siguiente... "Y en el penúltimo del mismo escrito, manifiesta: "Como el Tribunal al sustentar la indemnización por mora en el pago de las indemnizaciones a causa de ruptura unilateral del contrato de trabajo..." Pero como este último concepto de indemnización moratoria fue decidido por la Sala al estudiar el noveno error de hecho, no es necesario volver sobre él y así se analizará solamente la primera parte de esa censura, relacionada con la indemnización por mora de 65 días en la satisfacción de las prestaciones del actor.

Es indudable que la sentencia acusada incurre en interpretación errónea del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo al revocar la del juzgado de primera instancia alegando que se abstuvo de condenar al pago de indemnización moratoria por la demora de 65 días en cubrir las prestaciones sociales del actor, "invocando la buena fe de que no habla en ninguna parte la citada disposición", porque la jurisprudencia de esta Sala y la anterior del Tribunal Supremo del Trabajo, sin vacilación y en forma reiterada y uniforme, ha hecho ver cómo, tratándose de una pena o sanción, no es jurídicamente posible imponerla automáticamente, prescindiendo de la buena fe o mala fe de la conducta del patrono frente a su trabajador. Algunas de esas doctrinas dicen:

Del Tribunal Supremo del Trabajo:

"Este precepto tiene un claro carácter de sanción para el patrón renuente a pagar las prestaciones e indemnizaciones que le deba al trabajador. Pero es claro que debe entenderse que hay un derecho cierto, indiscutible a las prestaciones e indemnizaciones, porque de lo contrario se podría

incurrir en notoria injusticia. Por lo tanto, la disposición no puede aplicarse en los casos de duda justificada acerca de la existencia del derecho, pues cuando así ocurre corresponde a la jurisdicción especial del trabajo decidir esa controversia y sólo cuando hay fallo definitivo que declara la existencia del derecho puede decirse que surge la duda correspondiente. La disposición sólo puede aplicarse en aquellos casos que no presenten duda, mas no en los que se controvierta la existencia de la obligación, por haber incertidumbre de buena fe del patrón acerca de ella. Este concepto de sanción que el precepto consagra es incompatible con la noción de buena fe, de modo que si el patrón niega la existencia del derecho sin malicia, es decir, obra de buena fe, mal puede sancionársele si su conducta aparece clara al respecto". (Sent. 3 octubre 1951, G. J., T. VII, Pág. 364) .

De esta Sala de la Corte:

En sentencia de 26 de mayo de 1958 (Gaceta Judicial Nos. 2195-2196) llevó a cabo un amplio estudio del tema y expresó:

"De forma reiterada ha dicho el Tribunal Supremo del Trabajo y ahora esta Sala Laboral de la Corte, que la sanción impuesta al patrono moroso por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo tiene como causa la renuencia injustificada del sancionado al pago oportuno de las prestaciones. Si la mora obedece a dudas de buena fe acerca de la existencia de la obligación o del monto de la misma —y en el último caso el empleador consigna lo que de buena fe cree deber—, es obvio que desaparece la causa y por consiguiente se hace inaplicable la sanción. La jurisprudencia es concorde en punto a establecer que el nexo buena fe —no sanción— es rasero equitativo para decidir en derecho y justicia respecto de un género de problemas, que, por su variedad de matices y facetas, abarca especies de la mayor diversidad y en ocasiones de la más ardua complejidad.

"En sentencia proferida el 15 de diciembre de 1954, en el juicio seguido por el doctor Salvador Abad Escobar contra el Instituto de Crédito Territorial, dijo el Tribunal Supremo del Trabajo: 'la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo que reglamenta los llamados 'salarios caídos', está condicionada a la demostra-

ción de la mala fe patronal para negarse a pagar las deudas laborales al tiempo de la extinción del contrato. Esta no es una interpretación arbitraria sino que encuentra sus fundamentos en los antecedentes jurisprudenciales que precedieron a la expedición del artículo 65 citado, en la historia fidedigna del establecimiento de esta disposición y principalmente en el propio contenido de su inciso 2º. En efecto: Del texto del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, (que puede considerarse como el antecedente del artículo 65) que establecía como sanción al retardo patronal en el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, la ficción de la subsistencia del vínculo contractual, la jurisprudencia dedujo la obligación de pagar salarios que por no corresponder a servicios efectivamente prestados, recibieron la denominación de caídos, y que significaron una indemnización por perjuicios moratorios. Y agrega más adelante: A la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, esta creación jurisprudencial se convirtió en norma de derecho positivo en su artículo 65, pero ya no sobre la base de la subsistencia ficcionada del contrato, sino como expresa indemnización moratoria que corre para el patrono a partir de la terminación del vínculo contractual. Pero debe observarse que en el pensamiento de la Comisión Redactora del Código estuvo presente el elemento anímico exigido por la jurisprudencia para la posible aplicación de la pena moratoria pues en el Acta 21 de 5 de mayo de 1950, al consagrar el contenido del artículo 65, se dijo: 'que para la fórmula que pudiera adoptarse debía consignarse la doctrina sentada por el Tribunal Supremo del Trabajo, conforme a la cual, para establecer la sanción a cargo del patrono, debe estudiarse si éste ha obrado o no de buena fe, eximiéndolo de ella en el primer caso'. Lo anterior lleva a concluir que el aspecto de la buena o de la mala fe no fue extraño a la voluntad que creó la norma, fijándose así una pauta para su interpretación posterior".

"Ya dijo esta Sala cuando analizó el cargo anterior que son la mala o buena fe los elementos bajo cuyo patrocinio ha situado la jurisprudencia la aplicabilidad o no de dicha disposición. A lo cual cabe agregar

aquí que tal criterio se completa con el principio de plazo razonable, entre la terminación contractual y el pago directo o la consignación de lo creído deber.

"La idea del plazo razonable entre la terminación del contrato y el pago de las prestaciones, sin que haya mora patronal, se deduce ineludiblemente del ordinal 2º de dicho texto, porque cuando éste se refiere a la falta de acuerdo ('Si no hay acuerdo', dice literalmente), está proponiendo la existencia de un término o plazo durante el cual se pusieron en juego los encontrados pareceres de trabajador y patrono en torno a los derechos o a su cuantía, hasta que, en la hipótesis legal, las encontradas pretensiones de las partes desembocan en desacuerdo. En este punto la jurisprudencia del Tribunal Supremo —y ahora de esta Sala— se ha sostenido en el invariable parecer de que, como complemento de la buena fe, debe considerarse la razonabilidad del plazo, para sólo aplicar la sanción en el evento de que éste no sea razonable. Tal es la tesis que sostuvo aquél en sentencia proferida el 15 de diciembre de 1952 en el juicio seguido por Ralpl Leslie Hall contra The Royal Bank of Canadá, cuando dijo: 'Si el texto indicado permite buscar un acuerdo acerca de lo debido, ello tiene razonables limitaciones en el tiempo, impuestas por el carácter de las prestaciones sociales. Así, en estos casos, mientras los interesados califican recíprocamente las razones del reclamo o de su rechazo, en comunicaciones frecuentes, verbales o por escrito, que revelan el interés de lograr dicho acuerdo'. Lo cual indica que necesariamente la ley, según su texto tolera que haya un término de razonable limitación durante el cual las partes discordantes estén por lo menos de acuerdo en llegar a un acuerdo. Esto resulta a la vez como efecto y complemento de la buena fe, porque la aplicación de la pena ceñida exclusivamente al rigor cronológico del texto, a más de ser contraria al criterio de la buena fe, repugna al sentido mismo de la ley".

En posteriores sentencias la Sala ha reiterado esas doctrinas diciendo: "En suma, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, establece una presunción de mala fe en el patrono que no satisface oportunamente los créditos en favor del trabajador, pero presunción que puede ser des-

virtuada mediante pruebas que comprueben su buena fe". (Sentencia de 25 de abril de 1969, G. J., Nos. 2310-11-12).

"El aparte de la sentencia transcrito antes indica claramente que el Tribunal consideró de acuerdo con las pruebas del proceso, que no se había demostrado la mala fe del demandado para que se hubiere hecho acreedor a la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, con lo cual reiteró una vez más lo dicho por la Corte que predetermina la causalidad de aquella sanción moratoria 'en la mala fe y la temeridad del patrono, al par que ha erigido la buena fe, que ampara inclusive los estados de duda razonable, como eximentes de esa pena'." (Sentencia de 31 de mayo de 1969, id.)

En consecuencia, prospera el cargo por interpretación errónea del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y habrá de casarse la sentencia en el numeral 5º de su parte resolutive, a cuyo fin se hacen las siguientes

Consideraciones de instancia

De conformidad con la jurisprudencia laboral es preciso averiguar en cada caso si el patrono tuvo razones valederas o que sean explicación suficiente para negar el reconocimiento de un derecho, para abstenerse de cubrir el monto de una prestación, para no admitir la existencia de un contrato de trabajo o para no satisfacer en determinado tiempo una acreencia de su trabajador. Para ello, es necesario analizar las pruebas, a fin de saber si cualquiera de esas conductas patronales u otras semejantes, estaban amparadas por la buena fe. Es lo que verifica la Sala en relación con la demora de 65 días en que incurrió la Universidad de Pamplona para pagar al doctor Espinel Blanco lo que creía deberle por prestaciones sociales.

A folios 23 a 32 del cuaderno principal aparece copia de una carta con firma autógrafa del demandante en la que el primero de diciembre de 1970 le dice al Rector de la Universidad de Pamplona: "Conforme con lo que convinimos envió a su reverencia el proyecto de liquidación de las prestaciones sociales a que tengo derecho como

Profesor, Decano y Rector Asistente de la Universidad en los diez años transcurridos desde los primeros días del mes de febrero de 1961, cuando ella empezó a funcionar después de su constitución el día 23 de noviembre de 1960".

A los folios 32 a 45 está glosada copia auténtica del concepto rendido en 25 de enero de 1971 al Vicerrector de la misma Universidad el 25 de enero de 1971 por el doctor Pedro Silvio Martínez Molina, cuyos dos primeros párrafos son de este tenor:

"Por medio de la presente, me permito acusarle a usted recibo de su atenta nota de fecha 15 de los corrientes, en la cual se informa que el Consejo Directivo de esa ilustre Universidad, de la cual usted forma parte en su arriba expresada condición de Rector Asistente, tuvo a bien encomendarme, en mi calidad de abogado en ejercicio, la liquidación de las prestaciones sociales correspondientes al doctor Víctor M. Espinel Blanco, 'quien fue retirado del servicio de la Universidad en su calidad de Rector Asistente el día 21 de noviembre de 1970'.

"Cuanto lo primero, le significo a usted, y a todos y cada uno de los miembros del Consejo Directivo de ese centro universitario mis sinceros agradecimientos por el escogimiento de mi nombre para la misión anteriormente mencionada, la cual acepto, y, en consecuencia, procedo a continuación a practicar la liquidación de que se trata, fin para el cual juzgo conveniente hacer previamente las siguientes consideraciones:"

Los anteriores documentos, cuya autenticidad no ha sido discutida en autos, muestran sin la menor duda que entre el demandante y el Instituto demandado se procedió a un arreglo amigable de lo que éste debía a aquél por prestaciones sociales. Así lo reconoce el doctor Espinel Blanco cuando en el párrafo transcrito de su carta de 1º de diciembre, le dice al Rector de la Universidad: "Conforme con lo que convinimos (se subraya) envió a su reverencia el proyecto de liquidación de las prestaciones sociales a que tengo derecho..." Esta carta es de 1º de diciembre de 1970, o sea, 7 días después de su no reelección en su cargo de Vicerrector. Tal instrumento da

lugar a la de 15 de enero siguiente en que la misma institución solicita concepto de un abogado en ejercicio sobre la mencionada liquidación de prestaciones del actor; el 25 del mismo mes dicho profesional presenta a la Universidad su concepto y el día siguiente, 26 de enero, ésta gira a favor del demandante el cheque número 185686 contra el Banco del Comercio de Pamplona por la suma de \$ 30.647.29, que tal demandante recibe y de lo cual deja constancia en carta de 28 del mismo mes, glosada a los autos de folios 46 a 64 y en la que manifiesta su inconformidad con la liquidación efectuada, inconformidad que da como resultado el presente proceso.

En consecuencia, es claro que los 65 días que tardó la Universidad en pagar al actor lo que creía deber fueron el resultado de un proceso de arreglo amigable al cual no pudo llegar; pero que dan base para admitir que esa demora no obedeció ni a mala voluntad, ni a ánimo dilatorio, a la negativa de reconocer un derecho cierto, sino al propósito de evitar un litigio, mediante un acuerdo sobre el monto de tales prestaciones. La mencionada tardanza no puede imputarse, pues, a mala fe del instituto demandado, lo que permite exonerarlo de la indemnización moratoria por esos 65 días de retardo.

La sentencia de primer grado en el ordinal segundo de su parte resolutive absolvió al instituto demandado de la condena

por vacaciones y por indemnización moratoria y como es por tales aspectos por los que se casará la del Tribunal, es lógica la confirmación de aquélla en dicho ordinal.

En cuanto a costas, se impondrán a la demandada las de primera instancia en un 50% y se la dispensará de tal condena por lo que hace a las de la segunda.

En 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 recurrida en cuanto a las condenas cuarta, quinta, séptima y octava de su parte resolutive y, como Tribunal de instancia, confirma el ordinal segundo de la decisión pronunciada en este mismo juicio por el Juzgado Civil del Circuito de Pamplona. No se casa en lo demás la sentencia impugnada.

Costas de la primera instancia, en un 50%, a cargo de la Universidad. Sin costas en la segunda instancia y en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen e insértese en la Gaceta Judicial.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto diez y siete de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

El apoderado de la Universidad de Pamplona solicita, en memorial presentado oportunamente, se aclare la sentencia dictada en este proceso en el sentido de precisar que la casación del numeral octavo de la parte resolutive de la sentencia de segundo grado sólo se refiere a la condenación en costas en él impuesta y no al párrafo siguiente, que autoriza a aquélla para deducir de las condenas pronunciadas el valor de lo cubierto al demandante antes de iniciado el juicio.

La Sala considera

Es evidente que en las consideraciones de instancia se dijo, que “en cuanto a costas, se impondrán a la demandada las de primera instancia en un 50% y se la dispensará de tal condena por lo que hace a las de segunda” y que en la parte disposi-

tiva se casó el numeral octavo del fallo del Tribunal que condena en estas últimas costas a la Universidad, con lo que se establece una correlación exacta entre ambas partes de la sentencia de esta Corporación.

Pero, como en párrafo siguiente al numeral octavo dicho, el Tribunal dispuso que se descontara de las condenas pronunciadas la suma de \$ 30.647.29 “ya pagada al doctor Espinel Blanco y recibida por él”, de manera que podría tomarse este párrafo como integrante del citado numeral octavo y así invalidado también, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, aclara su sentencia de 24 de julio del año en curso, dictada en este proceso, en el sentido de que la casación del numeral octavo de la parte resolutive de la del ad quem se refiere exclusivamente a las costas procesales de segunda instancia en él impuestas.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ORGANISMO OFICIAL

La existencia de un organismo oficial requiere necesariamente un acto legal o administrativo que lo cree o que autorice su creación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio treinta y uno de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Leonardo García, mediante apoderado, y afirmando haber servido con contrato de trabajo a la Clínica Materno Infantil de Yumbo, inicialmente como Síndico-Tesorero y luego como Asistente Administrativo, desde el 15 de febrero de 1965 hasta el 21 de abril de 1971 en que fue despedido ilegal e injustamente, instauró demanda contra dicha institución para que fuese condenada a pagarle auxilio de cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización por la ruptura unilateral y sin justa causa de su contrato de trabajo, indemnización moratoria y las costas del juicio.

La demandada respondió el libelo respectivo pidiendo que se prueben los hechos sostenidos por el actor y oponiéndose a que se hagan las condenaciones impetradas. Propuso la excepción de "Inexistencia de la obligación u obligaciones".

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, a quien correspondió conocer del asunto, dictó sentencia el 21 de julio de 1972, cuya parte resolutive dice:

"Primero. Condenar a la Clínica Materno Infantil de Yumbo, representada por el Presidente de la Junta Directiva señor Germán Constain Ch., o por quien haga sus veces, tres días después de la ejecutoria de esta sentencia, en favor del señor Leonardo García, mayor y de este vecindario, por concepto de cesantías, vacaciones, primas de servicio y despido injusto, la suma de veintitrés mil quinientos treinta y nueve

pesos con dieciocho centavos (\$ 23.539.18) moneda corriente.

"Segundo. Condenar a la Clínica Materno Infantil de Yumbo, en favor del mismo demandante, por concepto de salarios caídos a razón de \$ 66.67 diarios, desde el 23 de abril de 1971 hasta el día que se pague la suma indicada anteriormente.

"Tercero. Condenar en costas a la parte demandada".

Apelada por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali desató el recurso con fallo de 23 de noviembre de 1972, mediante el cual resolvió lo que se copia:

"1º Condenar a la Clínica Materno Infantil de Yumbo, representada por el Presidente de la Junta Directiva señor Germán Constain Ch., o por quien tenga sus veces, a pagar a favor del señor Leonardo García, mayor y de este vecindario, por concepto de cesantía, vacaciones, primas de servicio y despido injusto, la suma de veintidós mil seiscientos cuatro pesos con noventa y tres centavos (\$ 22.604.93) moneda corriente.

"2º Condénase a la Clínica Materno Infantil de Yumbo a pagar a favor del mismo demandante, por concepto de salarios caídos, la suma de sesenta y seis pesos con sesenta y siete centavos (\$ 66.67) diarios, desde el 11 de junio de 1971 hasta el día que se le cancele la suma indicada anteriormente.

"3º Condénase en costas a la parte demandada.

"Sin costas en esta instancia".

La entidad demandada interpuso recurso de casación y planteó la correspondiente demanda, oportunamente replicada por la parte actora, en la que solicita la casación total de la sentencia recurrida para que,

en sede de instancia, la Sala revoque la del a quo y absuelva de todos los cargos a la Clínica.

Para conseguir este fin formula un solo cargo del tenor siguiente:

Cargo único

“Acuso la sentencia de ser violatoria por modo indirecto y por aplicación indebida de los siguientes artículos: 338 del Código Sustantivo del Trabajo; 1º, 2º, 3º y 5º del Decreto 53 de 1952; 22, 23, del Código Sustantivo del Trabajo; 6º y 8º del Decreto 2351 de 1965; 249 del Código Sustantivo del Trabajo; 17 del Decreto 2351 de 1965; 186 del Código Sustantivo del Trabajo; y 14 del Decreto 2351 de 1965; 305 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, todas estas normas en relación con los artículos 3º y 4º del mismo Código (C. S. del T.). A la violación de las disposiciones en cita llegó el sentenciador a consecuencia de errores de crítica probatoria consumados todos a través de documentos auténticos, en la forma que a continuación se señala:

“a) Resolución de 21 de septiembre de 1965 (Fls. 6 a 7 del cuaderno principal), por medio de la cual se le reconoció personería jurídica a la entidad denominada Clínica Materno Infantil de Yumbo. De dicho documento, no autenticado, dedujo el sentenciador de primer grado y el ad quem corroboró tal deducción, que la demandada era un patrono de los señalados en el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, siendo así, que tal documento por carecer de atestación sobre su autenticidad, no podía ni siquiera considerarse como medio probatorio;

“b) Copia de los Estatutos de la entidad demandada, visibles a folios 8 a 13 del cuaderno principal. De ellos especialmente por la composición de la Junta Directiva a que se refiere el artículo 5º de los mismos, se colige sin lugar a dudas que se trata de un establecimiento oficial en el que toman asiento un representante del Ministerio de Salud Pública, un representante del Concejo de Yumbo, un representante de la Secretaría de Higiene Departamental, un representante de la Beneficencia del Valle del Cauca y un representante de la extinguida Junta de Salud de Yumbo, se deduce sin lugar a dudas que se trata de un organis-

mo oficial. El Juez y el Tribunal, por el contrario, se apoyan también en dicho documento para colegir que se trata de un patrono particular sin ánimo de lucro de los contemplados en el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo y a los que se refieren todos el Decreto 53 de 1952;

“c) Copia del acta de posesión del demandante como Síndico-Tesorero de la demandada, en la cual se consigna su designación en propiedad, se da cuenta de la anulación de estampillas de timbre nacional por un determinado valor, de la aceptación de la garantía por \$ 7.000.00 por parte de la Contraloría Departamental, de la presentación del certificado de paz y salvo con el Tesoro Nacional, etc. Dicho documento acredita la posesión de un cargo público, por un funcionario público. Sin embargo, también en forma equivocada de él extraen la iniciación de un contrato de trabajo, tanto el señor juez de primera instancia como el Tribunal de Cali. (Fl. 14 del cuaderno principal);

“d) Nota enviada por el Secretario de la Junta de Salud de Yumbo (Fl. 15 del cuaderno principal), en la cual se comunica al actor su nombramiento como Síndico-Tesorero de la institución demandada, que no significa otra cosa que la nota usual a toda persona que ha sido designada para ocupar un cargo público y de la cual también en forma ostensiblemente equivocada los sentenciadores de primero y segundo grado dedujeron la iniciación de un contrato individual de trabajo;

“e) Resolución número 5 de 8 de febrero de 1965, (Fl. 16 del cuaderno principal), por medio de la cual se acepta una renuncia y se designa en propiedad, como Síndico-Tesorero de la demandada al señor Leonardo García Satizábal. Este nombramiento que implica la vocación para ocupar un cargo público, lleva a los sentenciadores de instancia a cometer el grosero error de considerar como demostrada la celebración de un contrato de trabajo;

“f) Nota de octubre 27 de 1965 (Fl. 17 del C. principal) en la cual se acredita la designación del demandante García Satizábal como Asistente Administrativo y se le hace saber que debe tomar ‘posesión’ del nuevo cargo. De ella que implica una promoción propia del Derecho Administrativo, Juez y Tribunal concluyeron en forma pro-

tuberantemente equivocada que se trataba de una variación en un contrato de trabajo;

"g) Resolución número 001 de la Junta Directiva de la demandada, por medio de la cual se declara insubsistente el cargo ocupado por el demandante. (Fl. 18 del C. principal). De esta que implica la determinación de ponerle fin a una relación de carácter administrativo, los juzgadores de instancia también en forma equivocada dedujeron el rompimiento de una relación contractual;

"h) Copia del Acta de Visita Fiscal practicada por la Contraloría Departamental al demandante, con motivo de la entrega de su cargo (Fls. 20 a 22) y que sirvió de base a la persona designada en su reemplazo para entrar a su desempeño. Esta visita se prolonga hasta el 11 de junio de 1971. De ella que no es más que la obligación de rendir cuentas que cobija a todos los empleados públicos de manejo sometidos a control fiscal, en manera singularmente equivocada los falladores infieren la relación contractual de trabajo y su extinción;

"i) Relación de cuentas a cargo de la Clínica (Fls. 23 a 24 del cuaderno principal). Este documento que también amerita la calidad de oficial de la demandada, sometida a control fiscal, no es apreciado en debida forma por el sentenciador y por esta razón lo mantiene en su error inicial de un contrato de trabajo;

"j) Visita Fiscal practicada también con motivo de la entrega del cargo en 11 de mayo de 1973 (Fls. 25 a 28 del cuaderno principal). A través de este documento incurre el sentenciador en el manifiesto error de hecho de dar, como en los casos anteriores, por sentada la relación contractual entre las partes, siendo así que esta pieza amerita por el contrario la relación de carácter administrativo;

"k) Nota dirigida al Gerente del Banco de Bogotá por el Director de la Contraloría del Valle del Cauca en la entidad demandada, en la cual solicita el no pago de algunos cheques (Fl. 29 del cuaderno principal). En la apreciación de esta nota se incurrió en el mismo manifiesto error de apreciación probatoria subrayado en los literales anteriores;

"l) Resolución, sin autenticidad, número 1 de febrero 20 de 1971 (Fl. 30 del cua-

derno principal), en la cual se fijan las asignaciones de los empleados al servicio de la demandada. De este documento los juzgadores de instancia deducen uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, el salario, siendo así, que aun aceptándose su validez formal, simplemente acreditarían el ejercicio de una de las potestades de la Directiva de una entidad oficial;

"ll) Acta adicional de entrega fiscal (Fl. 31 del cuaderno principal). Esta como las demás amerita la obligación del demandante de rendir a la Contraloría Departamental cuentas, mas en manera alguna como lo pensaron juez y Tribunal la demostración de una relación contractual de trabajo;

"m) Solicitud de reclamo de prestaciones sociales por parte del demandante a la demandada (Fl. 32 del cuaderno principal). Juez y Tribunal en principio, le dieron el alcance propio, el agotamiento de un procedimiento gubernativo, pero también se basaron en él para seguir en el error consistente en que se trataba de una relación contractual con una entidad de las comprendidas en el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo;

"n) Resolución número 2 de febrero 20 de 1971 (Fls. 33 a 34), por medio de la cual se señala el presupuesto de la demandada para el período fiscal de 1º de enero a 31 de diciembre de 1971. Este documento que también abonaba la circunstancia de que la entidad demandada es un organismo oficial, no fue apreciado en forma debida por los sentenciadores de instancia y esta omisión los llevó a persistir en el manifiesto error de hecho en cuanto a la calidad de una de las partes y a la relación jurídica que las ligó;

"o) Constancia inauténtica sobre los servicios prestados por el demandante (Fl. 35 del cuaderno principal), de la cual se podría inferir el ejercicio de un cargo público, pero en manera alguna una relación contractual de trabajo.

"El equivocado análisis de los elementos instructivos que someramente se singularizaron llevaron al sentenciador de primer grado a concluir como demostrado, sin estarlo; que entre las partes existió un contrato de trabajo y a no dar por probado, estándolo plenamente, que la demandada

es un organismo oficial, al cual vinculó sus servicios el demandante como empleado público”.

El opositor hace algunas consideraciones para sostener la legalidad del fallo impugnado y pide, además, que se ordene al Tribunal “la revisión de la forma de liquidar las prestaciones sociales en el caso que nos ocupa”, petición inadmisible dentro de la naturaleza y técnica del recurso de casación.

Se estudia el cargo

El punto fundamental por decidir es el de si la sentencia impugnada llegó “a no dar por demostrado, estándolo, que la demandada es un organismo oficial, al cual vinculó sus servicios el demandante como empleado público”.

La existencia de un organismo oficial requiere necesariamente un acto legal o administrativo que lo cree o que autorice su creación y en el caso a estudio no consta ningún acto de dicha naturaleza que permita considerar la Clínica Materno Infantil de Yumbo como establecimiento dependiente del Departamento del Valle o del Municipio de Yumbo. Más aún: el artículo segundo de los estatutos de la demandada afirma que “tiene su origen en la fundación inicial que con el nombre de ‘Junta Pro-Salud Municipio de Yumbo’, hiciera un grupo de personas dedicadas a diferentes actividades...” (se subraya), lo que descarta la posibilidad de que fuera establecida como entidad departamental o municipal.

Los hechos en que el recurrente basa su aserto de que la demandada es organismo oficial, no lo demuestran, pues las entidades privadas que tienen auxilios oficiales deben rendir cuentas a la Contraloría respectiva, están suietas a su revisión fiscal y los trabajadores que las manejan deben prestar fianza para responder por ellos y en el presupuesto de la Clínica para

el año de 1971, glosado al folio 33 del cuaderno principal, aparece que disfrutaba de uno municipal de \$ 150.000.00 fuera de otro por \$ 8.337.00 correspondiente a 1970. Se ve aquí que el actor como Síndico-Tesoroero se le hubiese exigido fianza por \$ 7.000.00 y se le hubiesen practicado arqueos de Caja por la Contraloría Departamental.

Tampoco demuestra ese aserto la composición de la Junta Directiva, pues las fundaciones privadas pueden establecer, y con frecuencia lo hacen, que entre sus directivos estén los titulares de altos cargos oficiales o eclesiásticos, sin que por esto se “oficialice” la entidad.

Y en cuanto a la forma de nombramiento, mediante resolución de la Junta Directiva, y a que los nombrados tomen posesión como si fuesen empleados públicos, ya ha explicado la jurisprudencia de esta Sala que no son hechos que les confieren esta calidad, la que proviene de la naturaleza de la institución a que se presta el servicio y no de la manera como se vinculen a ella.

De lo expresado resulta que no aparece el error de hecho imputado a la sentencia, consistente en no haber tenido como cierto que la demandada es entidad oficial y que el actor fue empleado público suyo.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Por causa de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

VACACIONES

El cargo debe rechazarse, como lo pide el opositor, no sin agregar que su cuestión de fondo aparece ajustada aderecho, pues lo que se pactó como salario básico fue la suma que se reconoció por el tiempo en que no hubo fumigación, y la adicional para este trabajo no se debía para cuando él no se cumpliera. — Estas estipulaciones no contrarían concepción laboral alguna y no procedía desconocerles validez. — Por lo que ese tiempo no laborado de cuatro meses en cada año constituyó vacación, legalmente remunerada, y carecían de fundamento la pretensión de un valor mayor y la indemnización por no haberse cubierto aquélla en la cantidad reclamada en la litis.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., once de agosto de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por Germán Herazo B. contra la sentencia que dictó el 29 de septiembre de 1972, el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario de trabajo promovido por el recurrente contra la Empresa Colombiana Agrícola y Trabajos Aéreos Ltda. "Cayta", litigantes de las condiciones que, con las de sus apoderados, recoge el expediente radicado en esta Sala bajo el número 4341.

En la litis, Herazo impetró el valor de vacaciones durante cuatro años, en suma de \$ 48.980.00 y la indemnización por el no pago oportuno de ellas, derechos causados por el contrato que lo vinculó a la compañía demandada, desde el año de 1960, en trabajo técnico y especializado y que le fue liquidado en 31 de marzo de 1968, sin que le reconocieran aquellas vacaciones, de todo el tiempo, basándose la empresa en una cláusula ineficaz del mismo contrato, conforme a la cual cuando no había fumigación se le concedía ese período al dicho tí-

tulo de vacaciones. El sueldo último fue de \$ 12.245.00; el demandante firmó su liquidación declarando a paz y salvo al patrono por vacaciones, pero esto constituye una renuncia que no afecta su derecho, el cual fue reclamado en carta, sin que se obtuviera respuesta alguna. Pidió, además, las costas del proceso.

Se opuso la demandada a las pretensiones anteriores manifestando, su apoderado, no ser ciertos varios de los hechos del libelo en la forma como fueron redactados, no constarle otros ateniéndose a los documentos respectivos, y excepcionando inexistencia de las obligaciones, compensación, pago, falta de causa o título en el demandante y prescripción.

En sentencia de 16 de abril de 1971, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá desató la controversia absolviendo a la demandada de todos los cargos formulados por el demandante, por estimar que el convenio a que llegaron las partes (sobre vacaciones del aviador demandante, con su salario mensual fijo, durante los meses en que no había fumigación) no violaba la ley y, por el contrario, la superaba extendiendo a cuatro meses el descanso por servicios durante ocho, y rechazando, además, una alegación extra petita sobre remuneración por trabajo en domingos y festivos y sobre cesantías parciales sin autori-

zación, por no haberse discutido los hechos correspondientes en el plenario, conforme al artículo 50 del Código Procesal del Trabajo. Condenó en costas al demandante.

Esta providencia fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Bogotá, en la suya de la fecha ya indicada, al resolver la apelación que elevó el trabajador.

El recurso extraordinario

Recibido en legal forma persigue que se “case totalmente la sentencia impugnada y como consecuencia, condene (sic) a la empresa demandada a pagar las prestaciones e indemnizaciones pedidas en la demanda”. Al finalizar su cargo único el recurrente expresa su propósito así: “Por lo expuesto solicito se case la sentencia recurrida y se condene a la empresa a pagar al trabajador: a) El valor de las vacaciones causadas; b) Lo que se le adeuda por salarios y la indemnización moratoria por el no pago de dichos valores oportunamente”.

Para ello acusa violación indirecta de los artículos 13, 46 (4º del Decreto 2351 de 1965), 43, 140, 186, 187, 189 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, “a consecuencia de errores evidentes de hecho al no apreciar cláusulas de los contratos de trabajo escritos que se llevaron al proceso —folios 4 y 49— los que constituyen documentos auténticos, y dar a otras cláusulas de los mismos contratos efectos que no pueden tener de acuerdo con las normas legales”. Y manifiesta que “los errores consistieron:

“a) Falta de apreciación, desconocimiento total, de la cláusula 3ª de los contratos de trabajo (documentos de los folios 4 y 49), que reza: “Las partes convienen en fijar el término de duración de este contrato en un año, contado a partir del día primero (1º) de septiembre de 1967 y 16 de julio de 1966 (contratos de los folios 4 y 49 respectivamente) si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado ninguna de las partes avisare por escrito a la otra de su determinación de no prorrogar el contrato con una antelación no inferior a treinta (30) días, se entenderá renovado por un año y así sucesivamente”;

“b) Falta de apreciación, desconocimiento total, del final del párrafo primero de la cláusula décima de los mismos contratos que dice: ‘...Estos períodos de vacaciones serán señalados oportunamente por la empresa, mediante comunicación escrita dirigida al piloto en cada caso...’;

“c) Apreciación errada, desconociendo la ley, del párrafo primero de la cláusula décima de los mismos contratos que reza: ‘El pago de la remuneración convenida en esta cláusula, cuya forma acepta el piloto lo hará la empresa así: La suma fija mensual de dos mil pesos (\$ 2.000.00) moneda corriente por quincenas vencidas a razón de mil pesos (\$ 1.000.00) moneda corriente cada quincena. Debiendo aclararse que el pago de la cantidad expresada, se hará al piloto aun durante el período que, debido a la suspensión de las actividades de fumigación causadas por solución de continuidad entre las distintas temporadas de las laborales de fumigación, el piloto no le presta efectivamente sus servicios a la empresa, y ésta le concede descanso a título vacaciones, que comprenden tanto las legales como las que espontáneamente otorga la empresa...’”

Agrega el recurrente, para sustentar este ataque, que al no apreciar, el Tribunal, aquella cláusula tercera de los contratos escritos, sobre duración de los mismos, y apreciar equivocadamente, para darle validez, al párrafo primero de la cláusula décima de ellos, violó los artículos 43 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre cláusulas ineficaces, y 140 ibídem, sobre el derecho del trabajador a recibir el salario durante el término pactado; que el fallador, en vez de tener en cuenta este término pactado de duración del contrato, para condenar a la empresa a pagar el salario a que tenía derecho el trabajador, le dio validez al mencionado párrafo primero y aceptó como legal que el demandante recibiera la sola remuneración básica que correspondía al tiempo en que no desempeñara las labores de fumigación y que le computaran ese tiempo como vacaciones; que los razonamientos del fallador lo llevaron a no aplicar el artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, sobre contrato a término fijo, que no permitía aceptar que una parte de esa duración, cuando el aviador no fumigara,

se le volviera vacaciones, conforme a párrafo ineficaz que desconoció el derecho al salario durante todo el tiempo y no solamente cuando fumigara. Con todo lo cual se violaron también las normas sobre vacaciones, a que debe ser condenada la empresa y el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo sobre derechos y garantías sociales consagrados en favor de los trabajadores.

Para el opositor la demanda de casación adolece de varios e insalvables defectos técnicos, por los que la Corte deberá rechazarla, y carece, además, de fundamento pues la sentencia recurrida se halla ajustada a derecho. Así, en el alcance de la impugnación, inicialmente referido a las peticiones del libelo, incorpora después unos salarios insolutos que no figuraban en el dicho escrito inicial y cuyos supuestos fácticos y jurídicos son completamente desconocidos, tanto en su origen como en su cuantía; afirma la demanda de casación, de unos mismos documentos, falta de apreciación y equivocada apreciación por el juzgador: confunde el error de hecho con la mala apreciación o la falta de apreciación que lo hubiese producido, sin explicar tampoco en qué consistió aquél y no advierte, en fin, que la providencia reposa a más de los documentos en que se informó rectamente, en otras probanzas de que no se ocupa el acusador y que la mantienen igualmente.

Se considera

Ciertamente, el libelo inicial sólo imputó, como fue reseñado, el valor de las vacaciones correspondientes al tiempo contractual de autos y la indemnización moratoria por no habersele cancelado en su oportunidad de ley, y la demanda de casación, después de señalarlos como objetivos del recurso, en decisión de condena para su prosperidad, pretende también, en párrafo final, lo que se le adeude al trabajador por salarios, en extremo que excede el *petitum* de la litis.

Además, el recurrente omitió indicar lo que deba hacer la Corte, en sede de instancia, con el fallo del *a quo*, en caso de que prospere su acusación. Sobre el particular la jurisprudencia ha enseñado reiteradamente:

“El recurso de casación, ha dicho la jurisprudencia, ‘se desenvuelve en dos fases bien definidas: la primera concierne al estudio de la legalidad de la sentencia acusada con base también estricta, en los cargos formulados por el recurrente sobre violación directa o indirecta de precisas normas sustanciales, del concepto de su quebranto y de la singularización de las pruebas, cuya no apreciación o estimación equivocada, lo produjeron, en los casos de violación indirecta. La segunda comporta el casar la sentencia impugnada, si es ilegal, y el proceder de la Sala, como Tribunal de instancia, a decidir sobre lo principal del pleito o sobre los capítulos comprendidos en la casación. Esta segunda fase, pues, no puede producirse si el demandante no ha señalado el alcance de la impugnación, es decir, no le ha declarado a la Corte qué es lo que pretende o busca respecto de las condenaciones o absoluciones pronunciadas en la sentencia recurrida’.

‘Las dos fases anteriores están unidas por relación de medio a fin: la primera, saber si la sentencia se ajusta o no a la ley positiva, es medio para llegar a una conclusión: reemplazar las decisiones ilegales por las que se acomodan a ésta. Incompleto sería el recurso si no comportara objeto distinto de la declaración de legalidad del fallo recurrido’” (subraya la Corte). (Sentencia de 17 de mayo de 1973. Juicio de Carlos Rodríguez Guzmán contra Laboratorios Lafrancol S. A.).

Asiste razón asimismo al opositor, en sus otras censuras. Pues el recurrente manifiesta, según fue transcrito, que los errores consistieron en la falta de apreciación y en la apreciación errada de las cláusulas contractuales que destaca, con lo cual confunde, de una parte, los errores que afirma con la causa que los hubiesen determinado, y, de otra, dos motivos en ella que no pueden darse simultáneamente. Y la decisión recurrida, en fin, también reposa en otras pruebas de las que el acusador no señala error, y que bastan para mantenerla, como soportes no destruidos.

Por todo lo cual el cargo debe rechazarse, como lo pide el opositor, no sin agregar que su cuestión de fondo aparece ajustada a derecho, pues lo que se pactó como salario básico fue la suma que se reconoció por el tiempo en que no hubo fumiga-

ción, y la adicional para este trabajo no se debía para cuando él no se cumpliera. Estas estipulaciones no contrarían concepción laboral alguna y no procedía desconocerles validez. Por lo que ese tiempo no laborado de cuatro meses en cada año constituyó vacación, legalmente remunerada, y carecían de fundamento la pretensión de un valor mayor y la indemnizatoria por no haberse cubierto aquella en la cantidad reclamada en la litis.

Además de los defectos técnicos que lo descalifican, el cargo carece de fundamento.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Labo-

ral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia objeto del presente recurso, de la fecha y origen expresados.

Costas al recurrente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Carlos Alvarez Pereira, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ENTIDAD OBLIGADA AL PAGO DE PRESTACIONES DE TRABAJADORES OFICIALES

La obligación de pagar las prestaciones de los trabajadores oficiales no está a cargo de la entidad que fue patrono de ellos, sino a cargo de la Caja respectiva.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., agosto trece de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

El doctor Alvaro Pinzón Escamilla, identificado con la cédula de ciudadanía número 159793 expedida en Bogotá, vecino de la misma ciudad, demandó por medio de apoderado a la Universidad del Cauca, para que dicha entidad fuese condenada a pagarle auxilio de cesantía, indemnización por terminación unilateral e ilegal del contrato de trabajo, indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales, y las costas del juicio.

Los hechos en que se apoyó la demanda, fueron narrados así:

“Primero. El doctor Alvaro Pinzón Escamilla, fue contratado por la Universidad del Cauca, para la prestación de servicios personales como profesor de tiempo completo “visitante”.

“Segundo. El contrato se celebró el treinta (30) de abril de 1969.

“Tercero. El contrato se celebró por un término de dos años, comprendido entre el 21 de abril de 1969 y el 20 de abril de 1971.

“Cuarto. El sueldo mensual convenido y pagado fue de siete mil pesos (\$ 7.000.00).

“Quinto. El 23 de febrero de 1970 mediante comunicación número 81, el Secretario, doctor Leonardo Valdivieso comunicó a mi representado la cesación en sus funciones, por disposición del Consejo Consultivo.

“Sexto. El Consejo Consultivo sólo resolvió esa cesación de funciones mediante Resolución número 001 de febrero 24 de 1970.

“Séptimo. En esta forma el contrato de trabajo celebrado entre la Universidad del Cauca y el doctor Alvaro Pinzón Escamilla, fue terminado por aquélla sin justa causa y antes del vencimiento del término establecido.

“Octavo. La Universidad del Cauca no ha pagado al doctor Alvaro Pinzón Escamilla el valor de la cesantía ni de la indemnización por terminación ilegal e injusta del contrato de trabajo.

“Noveno. Se hizo la reclamación administrativa correspondiente sin resultado positivo”.

El apoderado de la Universidad del Cauca aceptó los hechos primero, segundo, tercero, cuarto y noveno; negó los hechos quinto, sexto y séptimo, y explicó el hecho octavo; se opuso a las peticiones del actor, propuso excepciones de ilegitimidad de la personería sustantiva en la parte demandada e inexistencia de la obligación y carencia de causa, y solicitó que la entidad fuera absuelta de todos los cargos y se condenara al actor en las costas del juicio.

En sentencia dictada el 12 de septiembre de 1972, el Juez Laboral del Circuito de Popayán, declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones relativas a las indemnizaciones por despido injusto y por falta de pago, extremos sobre los cuales absolvió; se abstuvo de condenar al auxilio de cesantía y de resolver sobre la excepción de carencia de causa, y condenó a la parte demandante al pago de las costas de la instancia. Apeló de dicha providencia el apoderado del actor.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en fallo de 9 de noviembre de 1972, confirmó la sentencia de primera instancia. Contra la providencia del ad quem, el apoderado del doctor Alvaro Pinzón Escamilla, interpuso recurso de casación, que fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

El recurso

Con invocación de la primera causal de casación laboral, se presenta el ataque en tres cargos, que se estudiarán junto con el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Dice el recurrente:

"Se concreta a obtener que la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, case totalmente la sentencia recurrida, y que constituida en Tribunal de instancia, revoque el fallo de primer grado y en su lugar condene a la Universidad del Cauca a pagar al doctor Alvaro Pinzón Escamilla la cesantía definitiva, el lucro cesante por despido y la indemnización moratoria reclamadas en la demanda, con la consiguiente condenación en costas a la demandada".

Primer cargo

Afirma el impugnador:

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, el 51 del Decreto 2127 del mismo año y el 1º del Decreto 797 de 1949, en relación con los artículos 37, 38 y 47 del precitado Decreto 2127, del 1603 del Código Civil y del 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que también violó indirectamente. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por indebida apreciación de las pruebas que en la sustentación de este cargo singularizaré".

Los errores de hecho presentados son: no dar por demostrado que la demandada no expresó en el momento del despido, el motivo o causal de esa determinación; no dar por establecido que por lo anterior, no se

podía alegar en forma válida, causal alguna, y el despido devino ilegal e injustificado; considerar que la terminación fue justa y legal; concluir que la demandada no se encontraba en mora de pagar los salarios del tiempo que faltaba para cumplirse el plazo pactado de duración del contrato; y no dar por comprobado que la demandada adeuda la indemnización por mora, por no haber pagado el lucro cesante que consiste en los salarios del tiempo faltante para el vencimiento del plazo.

Las pruebas mal apreciadas son:

"a) La nota número 81 de fecha 23 de febrero de 1970 que el Secretario de la Facultad de Ingeniería Electrónica y Telecomunicaciones de la Universidad del Cauca dirigió al demandante comunicándole la terminación del contrato (Fl. 7); el acta de fecha 9 de febrero de 1970 sobre reunión del Consejo Consultivo de la mencionada Facultad (Fls. 17 a 19); la Resolución número 136 de 1970 sobre vacaciones concedidas al trabajador cuando ya se le había comunicado la extinción de su contrato de trabajo (Fl. 20); la copia de la Resolución número 202 de marzo 24 de 1970 por la cual se declara terminado el contrato por parte de la Rectoría de la Universidad (Fl. 26); la copia de la parte pertinente del acta del Consejo Superior Universitario por la cual se autoriza al Rector de la Universidad para terminar el contrato con el actor (Fl. 28); y, el contrato escrito de trabajo visible a folio 5 del expediente".

El recurrente afirma que el documento del folio 7, proveniente del Secretario de la Facultad de Ingeniería Electrónica de la Universidad, es la comunicación en que se da por terminado el contrato de trabajo, y agrega que fue erróneamente apreciado porque en tal comunicación no se indica ninguna causal o motivo de terminación. En apoyo de que la falta de manifestación de esa causa o motivo, impide alegar posteriormente cualquier razón, transcribe párrafos de una sentencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo.

Estima el atacante que ninguna de las otras pruebas señaladas sirve de comunicación para el despido, y que las razones invocadas en esos otros documentos, no

fueron comunicadas en la nota que obra al folio 7.

Indica el impugnador que por la errónea apreciación de las pruebas se incurrió en los errores señalados en el cargo, y que si no se hubiera incurrido en las apreciaciones erróneas, se habría concluido que la demandada no manifestó a la terminación, el motivo de ella; que por no haber hecho esa manifestación, no podía alegar motivo alguno; que por la misma circunstancia, la terminación deviene injusta e ilegal; que era necesario condenarla al pago de los salarios del tiempo faltante para vencerse el plazo pactado; y que por el no pago de ese lucro cesante, se imponía la indemnización por mora.

El censor indica la incidencia de los errores de las normas que señala como violadas y solicita como reparación del derecho conculcado, la condenación al pago de las indemnizaciones por terminación y por no pago.

El opositor estima que el primero y segundo errores son uno mismo, que el cuarto y quinto son consecuencia del tercero; analiza cada una de las pruebas que se acusan erróneamente apreciadas; compara el contenido de ellas con lo dicho por el ad quem; concluye que no existieron los errores de hecho apuntados, ni las violaciones de ley afirmadas; y solicita que se rechace el primer cargo.

Se considera

La nota 81 de 23 de febrero de 1970, dirigida por el Secretario de la Facultad de Ingeniería Electrónica y Telecomunicaciones, al doctor Alvaro Pinzón, no contiene la terminación del contrato de trabajo. En dicha comunicación se dice que el Consejo de la Facultad "resolvió no responsabilizarlo de ningún curso de la Facultad de Ingeniería Electrónica y Telecomunicaciones, a partir de la fecha". Pero como las funciones que dejaba de ejercer, clases a los alumnos de la Facultad, no eran las únicas que le correspondía cumplir, sino que conforme al contrato le quedaban los trabajos de investigación en metodología de la matemática, preparación y dictado de cursos a profesores de matemáticas de la Universidad, y elaboración de conferencias y textos para cursos de matemáticas, no

terminaba su contrato de trabajo simplemente porque el Consejo Consultivo de la facultad determinara las funciones que debía cumplir, como lo prevé el contrato de trabajo en su cláusula segunda.

El recurrente estima que el documento del folio 7 es la carta de despido y que en ella no se expresó el motivo de la terminación. Pero ese documento, como ya se vio, no contiene el despido sino que limita funciones del trabajador.

Según el acta número 6 del Consejo Consultivo de la Facultad de Ingeniería Electrónica y Telecomunicaciones, cuya copia se encuentra de folios 17 a 19, dicho organismo consideró que el doctor Alvaro Pinzón no había cumplido el programa de Cálculo I, había violado el reglamento en materia de exámenes y notas, no había aceptado segundo calificador para revisión de exámenes, que había continuado vendiendo sus conferencias a precios elevados a sus alumnos, que modificó notas que había pasado como inmodificables y que estaban anotadas en los libros, que no había supervisado los cursos del Departamento y no había colaborado con la Facultad; por lo cual dictó la resolución correspondiente.

La mencionada Resolución, que es la número 001 de 9 de febrero de 1970, aparece en el acta mencionada y también a los folios 8 y 9 y 31 y 32, y dispone que no se responsabilice al doctor Pinzón de cursos en la Facultad, que se solicite su remoción del cargo de Jefe del Departamento de Matemáticas y que se pida nombramiento de profesor para reemplazarlo en los cursos. Esta resolución no toca para nada con la terminación del contrato de trabajo, pues se limita a suprimirle unos cursos que dictaba a los alumnos de la Facultad, y a solicitar que sea removido del cargo de Jefe del Departamento, pero sin que sus funciones de investigación y de preparación de textos sean modificadas. Una resolución que solicita la remoción de uno de los cargos desempeñados, no puede significar la terminación del contrato de trabajo. Luego la nota del folio 7, que solamente avisa lo resuelto en cuanto a los cursos, no es comunicación de despido.

Un mes más tarde, el 9 de marzo de 1970, el Consejo Superior Universitario facultó al Rector para despedir al doctor Alvaro Pinzón, según certificación que aparece al fo-

lio 28, y en la misma fecha se dictó la Resolución número 136 por la cual se concedieron vacaciones del 9 al 18 de marzo de 1970. Pero la autorización de despido no se ejerció sino el 24 de marzo de 1970, cuando por Resolución número 202, cuya copia se encuentra a folios 25 y 26, se declaró terminado el contrato de trabajo con motivaciones suficientes y entre ellas, el abandono del cargo por no haber regresado después del 18 de marzo, día en que terminaban las vacaciones concedidas.

La sentencia recurrida estimó correctamente las pruebas señaladas por el acusador, ya que solamente admitió el despido en el momento de dictarse la Resolución 202 de 24 de marzo de 1970, sin considerar que el documento del folio 7 contuviese un aviso de terminación. Conforme a la resolución dictada, sí se manifestaron los motivos de la terminación, con lo cual desaparecen todos los fundamentos de los cinco errores propuestos, que por tal motivo resultan no demostrados.

No prospera el primer ataque.

Segundo cargo

Está presentado así:

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945, 37, 38, 47 y 51 del Decreto 2127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, en relación con los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil, 61 del Código de Procedimiento Laboral y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que también se quebrantaron indirectamente. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por indebida apreciación de las pruebas que en la sustentación de este cargo singularizaré.

"Los errores evidentes de hecho consisten:

"1º En dar por demostrado, sin estarlo, que la entidad demandada terminó unilateralmente el contrato de trabajo que tenía celebrado con el demandante, "porque éste no cumplió fielmente con las estipulaciones consignadas en la convención suscrita por las partes, así como por haber violado los reglamentos estatutarios de la Universidad, y no haberse reintegrado a prestar sus servicios profesionales una vez terminadas las vacaciones concedidas".

"2º En no dar por establecido, siendo plena evidencia, que la entidad demandada no demostró las causales que alega le sirvieron de apoyo para terminar unilateralmente el contrato.

"3º En no dar por demostrado, siendo también una evidencia irrefutable, que la demandada no solamente terminó unilateralmente el contrato, sino que lo hizo sin causa justa ni legal.

"4º En no condenar a la demandada al pago de los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para cumplirse el plazo de dos años pactado como de duración del contrato.

"5º En no dar por comprobado, estándolo plenamente, que por no haber pagado al demandante el valor de esos salarios o lucro cesante por despido, le adeuda la indemnización moratoria causada y que se cause a partir del vencimiento del plazo de gracia que concede el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 y hasta cuando se cancele aquella indemnización por terminación del contrato.

"Las pruebas erróneamente apreciadas son las siguientes: a) La nota número 81 de fecha 23 de febrero de 1970 que el Secretario de la Facultad de Ingeniería Electrónica y Telecomunicaciones de la Universidad del Cauca dirigió al demandante; b) La copia del acta de fecha 9 de febrero de 1970 sobre reunión del Consejo Consultivo de la mencionada facultad (Fls. 17 a 19); c) La copia de la Resolución número 136 de 1970 sobre vacaciones concedidas al trabajador (Fl. 20); d) La copia de la Resolución número 202 de marzo 24 de 1970 por la cual la Rectoría de la Universidad declara terminado el contrato de trabajo (Fl. 25); e) La copia de la parte pertinente del acta del Consejo Superior Universitario autorizando al Rector para terminar unilateralmente el contrato (Fl. 28); y, f) El contrato escrito de trabajo que se acompañó con la demanda (Fl. 5)".

El censor afirma que tanto las pruebas señaladas como la copia que obra a folios 31 y 32, fueron mal apreciadas porque en ninguna de ellas se demuestra la causal o motivo de la terminación, ya que son documentos provenientes de la parte demandada, y dentro de la sana crítica probatoria, no es dado a ninguna de las partes producir su propia prueba.

El impugnador transcribe apartes del fallo acusado, en los cuales se apoya la absolución relativa a indemnización por despido, manifiesta que esa sola transcripción hace evidente que el Tribunal cometió error al conceder crédito a afirmaciones de la demandada, que han debido ser objeto de demostración; afirma que el demandante demostró el despido y la demandada no demostró la existencia de causal o motivo legal de terminación.

El recurrente concluye que si se hubieran apreciado correctamente las pruebas indicadas, se habría dado por establecido que la demandada no demostró las causales que alega, y que el despido fue ilegal, por lo cual se habría condenado a los salarios del tiempo faltante para cumplirse el tiempo de duración del contrato, y consecuentemente a la indemnización por falta de pago.

Termina el cargo con la indicación de la incidencia de los errores de hecho en la violación de las normas señaladas en la acusación, y con la solicitud de que se condene a los salarios del tiempo faltante para vencerse la duración fija y a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

El opositor arguye que la Universidad del Cauca es un establecimiento público de carácter docente, que sus directores en todos los niveles, son funcionarios públicos, que las pruebas emanadas de la Universidad y aportadas a este juicio, son documentos públicos y por ser escritos emanados del funcionario público correspondiente, son instrumentos públicos, que conforme a los artículos 262 y 264 del Código de Procedimiento Civil, hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza. Concluye el opositor, advirtiendo que no ocurrieron los errores de hecho anotados en el cargo, ni se produjeron las violaciones apuntadas en el mismo, y solicitando que se rechace la acusación.

Se considera

La copia de la Resolución número 202 de 24 de marzo de 1970, que aparece al folio 25, contiene entre otros considerandos, los siguientes:

“c) Que el Consejo Consultivo de la Facultad de Ingeniería Electrónica en sesión

del día 9 de febrero de 1970 y por Resolución número 001 de esa fecha solicitó al honorable Consejo Superior la remoción del doctor Alvaro Pinzón E. del cargo de Jefe del Departamento de Matemáticas fundamentando la petición suscrita que el profesor Pinzón E. no cumplió el Programa de Cálculo I; infringió el Reglamento en lo relativo a exámenes de segunda previa y final; no pasó notas de previas definitivas ni entregó los correspondientes exámenes a la Secretaría de la Facultad durante el semestre; verbalmente y por escrito declaró no aceptar segundo calificador para efectos de revisión de exámenes; a pesar de las órdenes superiores continuó vendiendo sus conferencias a precios elevados a sus alumnos; las notas pasadas por él como inmodificables debieron ser cambiadas ocasionando con esto trastornos en Secretaría en el control de notas y como Jefe del Departamento de Matemáticas no supervisó los cursos de dicho Departamento de acuerdo con las necesidades de la Facultad;

“d) Que el profesor Alvaro Pinzón E. al vencimiento del término de las vacaciones complementarias que le fueron otorgadas por Resolución número 136 de 9 de marzo del presente año, de este mismo despacho, no se reintegró a sus funciones hasta la fecha;

“e) Que el profesor Pinzón Escamilla ha violado ostensiblemente no sólo las obligaciones legales adquiridas por virtud del contrato de trabajo suscrito con la Universidad, sino también las contractuales pactadas en dicho contrato,

“Resuelve:

“Artículo 1º Declarar unilateralmente terminado el contrato de trabajo suscrito con fecha 30 de abril de 1969 entre la Universidad del Cauca y el doctor Alvaro Pinzón Escamilla, por incumplimiento del profesor de sus deberes y obligaciones legales y contractuales, y por abandono del cargo sin causa justificada”.

La resolución indicada está firmada por el Rector de la Universidad del Cauca y por su Secretario, y la copia aportada tiene la firma de la Secretaría General de la Universidad.

La prueba anotada, que no fue tachada de falsedad, no solamente demuestra que

la entidad demandada expresó los motivos de la terminación, sino que esos motivos están debidamente probados en el juicio, ya que esa resolución constituye documento público, y según el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil, hace fe en cuanto a las declaraciones en él contenidas.

Por las consideraciones anteriores, se ve que el sentenciador no incurrió en los dos primeros errores indicados en el cargo, pues las pruebas son suficientes para establecer los dos hechos aceptados sobre la expresión de los motivos de terminación y sobre la demostración de ellos. Tampoco resultan probados los tres últimos errores de hecho, porque ellos son consecuencia de los dos primeros.

Por no haberse establecido los errores en que se funda la acusación, no prospera el segundo ataque.

Tercer cargo

Dice el impugnador:

"La sentencia acusada viola indirectamente los artículos 17 literal a) y 11 de la Ley 6ª de 1945 y el 1º del Decreto 797 de 1949, por aplicación indebida, y en relación con el 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que se invocó no siendo aplicable. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por indebida apreciación de las pruebas que en la sustentación del cargo singularizaré.

"Los errores de hecho, evidentes u ostensibles, consisten:

"1º En no dar por demostrado que la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca, es simplemente una entidad diputada para el pago.

"2º Que por la circunstancia de haber reclamado ante dicha Caja el pago de la cesantía definitiva, como también se reclamó la indemnización por despido y la indemnización moratoria, el verdadero patrono o sea la entidad demandada no queda relevada del pago de aquella prestación social.

"3º Que el verdadero patrono y deudor de la cesantía correspondiente al trabajador no es la Caja de Previsión Social, sino la entidad demandada.

"4º Que por la entidad demandada no se adeuda al trabajador demandante el

auxilio de cesantía, y no se encuentra en mora de pagarla.

"Las pruebas erróneamente apreciadas son las siguientes: Las documentales de folios 3, 23, 62, 63 y 65 del expediente. La primera de estas es la copia de la reclamación escrita que el señor apoderado del demandante formuló tanto ante el Rector de la Universidad del Cauca como ante el Director de la Caja de Previsión Social de dicha Universidad. Fue erróneamente apreciada esta documental al inferir que por haberse dirigido a la Caja, era ella la entidad que debía pagar y la deudora de la cesantía del trabajador, porque esa reclamación solamente demuestra que con el fin de agotar la vía gubernativa, antes de proceder a demandar judicialmente, se solicitó el pago de la cesantía, de la indemnización por despido y de la indemnización moratoria. Tal documento no demuestra que el patrono sea la Caja. Esta es simplemente una diputada para el pago, como lo ha enunciado reiteradamente la jurisprudencia. Nada se opone a que el trabajador reclame ante el patrono y ante el diputado para pagar. Esto no cambia la condición del patrono, ni lo libera de responsabilidad".

El recurrente parte de la base de que la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca es simplemente un organismo diputado para el pago, y que sigue siendo la Universidad la obligada a pagar las prestaciones de sus trabajadores. En apoyo de esa tesis reproduce apartes de una sentencia de 1964, y afirma que no se demostró en el juicio que la Caja fuera la obligada o que la Universidad hubiera dejado de serla.

Concluye el atacante con un análisis de la incidencia de los errores de hecho en la aplicación de las normas que señala como violadas, y solicitando las condenaciones por cesantía, y la indemnización por falta de pago.

El opositor alega que el ad quem no cometió los errores de hecho que contiene el cargo, porque en la sentencia nunca se dijo que la Caja no fuera diputada de la Universidad, ni que la obligación de ésta hubiera pasado a aquella por la solicitud del demandante. Agrega que la sentencia consideró que debían aportarse los documentos exigidos por la Caja para poder obtener la cesantía, lo cual está de acuerdo

con providencia de la Corte de 15 de julio de 1970, en la que se destaca el que las Cajas no obran oficiosamente sino a solicitud de los interesados y mediante la presentación de los documentos respectivos.

Se considera

Ninguna de las normas que en el ataque se indican como violadas por la sentencia acusada, contiene la obligación de pagar cesantía a cargo del patrono oficial.

En efecto, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo se refiere únicamente a la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones a cargo de los patronos particulares, pero no consagra la obligación de pagar cesantía a los trabajadores oficiales. El artículo 1º del Decreto 797 de 1949 se refiere a la indemnización por no pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos a los trabajadores oficiales, y establece un plazo de 90 días para las entidades obligadas, pero no consagra el derecho a la cesantía de esos trabajadores. El artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 establece la condición resolutoria en los contratos de trabajo y la indemnización de perjuicios por incumplimiento de lo pactado en ellos, pero tampoco trata del auxilio de cesantía.

En cuanto hace al aparte a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, se tiene que él consagra el auxilio de cesantía como prestación a que tienen derecho los empleados y obreros nacionales, pero el artículo citado no determina la persona obligada a pagar esas prestaciones. Es el artículo 18 de la misma ley, al ordenar que se organice la Caja de Previsión Social, el que determina que a cargo de ella "estará el reconocimiento y pago de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior".

El artículo 1º del Decreto 1600 de 1945, dice:

"La Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, es una entidad autónoma, con personería jurídica y patrimonio propio, independiente de los bienes y fondos del Estado, a cuyo cargo está el reconocimiento y pago de las prestaciones oficiales indicadas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y de las adicionales a que tengan derecho los empleados y obreros nacionales que a ella estén afilia-

dos forzosamente y los demás empleados y obreros oficiales que lleguen a afiliarse por el procedimiento facultativo que el presente decreto determina".

De tal manera que la obligación de pagar las prestaciones de los trabajadores oficiales no está a cargo de la entidad que fue patrono de ellos, sino a cargo de la Caja respectiva. La jurisprudencia citada por el recurrente, sobre la diputación de las Cajas para el pago de prestaciones, fue modificada por sentencia de Sala Plena Laboral, dictada el 6 de octubre de 1972, en el juicio de Pablo Saa contra la Empresa Puertos de Colombia.

Por otra parte, el artículo 2º del Decreto 1600 de 1945, citado, permite la afiliación a otra institución oficial de previsión social, como la Caja de Previsión Social de los Trabajadores de la Universidad del Cauca, a cuyo cargo está el reconocimiento, financiación y pago de las prestaciones sociales, como consta en el certificado del folio 62, entidad que tiene personería reconocida de acuerdo con la copia de la Resolución 247 de 5 de mayo de 1961, cuya copia se encuentra a los folios 63 y 64.

Es de advertir que la sentencia acusada, tampoco absolvió del auxilio de cesantía a la Universidad del Cauca, sino que se abstuvo de resolver en el fondo, precisamente porque ese derecho puede reclamarse de la Caja respectiva.

Como ninguna de las normas citadas en el cargo determina la persona obligada a pagar la cesantía oficial, y el ataque se encamina a obtener la condenación de la Universidad del Cauca a pagar auxilio de cesantía y la indemnización consequential, la proposición jurídica es incompleta, por falta de señalamiento de la norma que consagra la persona obligada a cubrir dicha prestación.

Por lo anterior no prospera el cargo.

En consecuencia, 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 de nueve de noviembre de mil novecientos setenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en el juicio del doctor Alvaro Pinzón Escamilla contra la Universidad del Cauca.

Costas del recurso, a cargo del recurrente.

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

*Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides
Patrón, Jorge Gaviria Salazar.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 16 de agosto de 1973,

FALLA:

Primero. Son inexecutable los siguientes ordenamientos del laudo arbitral de fecha veintiocho (28) de marzo de 1973, que decidió el conflicto colectivo de trabajo entre la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y la Unión de Marineros Mercantes de Colombia "Unimar":

a) El párrafo de la decisión primera en cuanto dispuso un aumento del 30% respecto a la sobrerremuneración mensual fija de los enfermeros;

b) El párrafo de la decisión décima, sobre descanso compensatorio para trabajo nocturno, y

c) La frase del punto 14 de la sentencia arbitral, sobre salario por trabajo ajeno, en cuanto dispuso que "toda fracción de hora se pagará como una hora completa".

Segundo. Homologarse los ordenamientos primero y segundo del mismo laudo sobre aumento de salario y de la sobrerremuneración fija mensual de los capitanes, jefes ingenieros y contadores en cuanto reajustó en un 100% la prima de servicios, en el entendimiento que respecto a tales puntos se dio en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. En lo demás, homologase el laudo arbitral de la fecha y procedencia conocidas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., agosto dieciséis de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

Contra el laudo arbitral pronunciado el veintiocho (28) de marzo de 1973, por el Tribunal especial de arbitramento convocado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social mediante Resolución número 02537 de 6 de octubre de 1972, para que estudiara y decidiera el conflicto laboral

existente entre la Flota Mercante Grancolombiana S. A., y la Unión de Marineros Mercantes de Colombia "Unimar", domiciliada la primera en Bogotá y el segundo en Buenaventura, interpuso en oportunidad el representante legal de la Flota, recurso extraordinario de homologación, que fue concedido para ante la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Antecedentes del laudo

1. La Unión de Marineros Mercantes de Colombia presentó el 1º de julio de 1972 a la Flota Mercante Grancolombiana S. A.,

un pliego de peticiones, bajo la forma de proyecto de convención colectiva de trabajo, que aprobó previamente la Asamblea General de Delegados.

El pliego obra a folios 13 a 25 del cuaderno número 1 y consta de 43 artículos.

Las conversaciones durante el arreglo directo se llevaron a cabo en Bogotá, D. E., domicilio principal de la Flota entre el 24 de julio de 1972 y el 18 de septiembre del mismo año (Fls. 60 a 107 del cuaderno número 1) sin que las partes hubieren llegado a ningún acuerdo por lo cual se pasó a la segunda fase del conflicto o sea a la conciliación para la que fueron designados conciliadores los doctores Luis Alberto Bravo y Jorge Enrique Sánchez, por la Flota Mercante y Unimar respectivamente.

La etapa de conciliación iniciada el 22 de septiembre de 1972 terminó el 27 del mismo mes con resultados igualmente infructuosos ya que la discusión versó como en las conversaciones directas sobre si se debía o no discutir un contrapligio de la Flota o al contrario limitarse a estudiar las peticiones de la Unión de Marineros (Fls. 93 a 96 del cuaderno N° 3).

2. Sobre el punto materia de la discusión en las etapas de arreglo directo y de conciliación debe observarse que el Ministerio a solicitud de la Unión de Marineros Mercantes dictó la Resolución número 37 de 2 de octubre de 1972, emanada de la División de Relaciones Colectivas del Trabajo, mediante la cual se declaró que "la denuncia formulada por la Flota Mercante Grancolombiana de varias cláusulas del laudo arbitral vigente y de convenciones colectivas a él incorporadas, y que regulan los contratos de trabajo con la Unión de Marineros Mercantes de Colombia "Unimar", carece de valor legal por no haberse presentado ante un inspector de Trabajo, como lo ordena el artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo, y en consecuencia, tal denuncia no produce los efectos legales señalados en la ley" (Fls. 109 a 114 cuaderno número 3).

Esta resolución fue recurrida, pero mediante la número 38 de 31 de octubre del año que se ha citado, no se repuso, concediéndose en cambio, en forma subsidiaria, el recurso de apelación que no fue resuelto por el Ministerio por lo cual quedó agotada la vía administrativa.

3. Teniendo en cuenta que la Flota Mercante Grancolombiana S. A., es una empresa de servicio público, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social convocó un Tribunal de Arbitramento Obligatorio para que estudiara y decidiera el diferendo laboral entre la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y la Unión de Marineros Mercantes de Colombia "Unimar".

La convocatoria se hizo mediante Resolución número 02537 de 6 de octubre de 1972 y en ella se dispuso que el Tribunal sesionaría en Bogotá; ordenó a las partes designar el árbitro que a cada una le correspondía; dispuso que los principales tenían la facultad de nombrar el tercero, dentro de las 48 horas siguientes a su posesión, advirtiendo que si no había acuerdo lo designaría el Ministerio, escogiéndolo de la lista elaborada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y que lo mismo haría si dentro del término legal las partes o una de ellas no hicieran la nominación correspondiente (Fls. 1 y 2 cuaderno número 1).

Contra este acto el apoderado especial de la Flota interpuso recurso de reposición para que la anterior "providencia administrativa" fuera aclarada o adicionada en el sentido de que la convocatoria mencionada "incluya la facultad para el Tribunal de Arbitramento, de decidir sobre todos y cada uno de los puntos a que se refiere la denuncia presentada ante el Inspector Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas de Trabajo, de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca el día 30 de junio pasado, por la Flota Mercante Grancolombiana S. A...."

El Ministro de Trabajo y Seguridad Social en Resolución 02750 de 7 de noviembre de 1972, no repuso la número 02537, dispuso que las partes quedaban en la obligación de "designar sus árbitros" en los términos de aquella y declaró agotada la vía gubernativa (Fls. 3 a 6).

La Flota Mercante Grancolombiana S. A. designó como árbitro al doctor Carlos Peláez Trujillo y la Unión de Marineros Mercantes de Colombia al doctor Hernando Rojas Otálora, quienes fueron reconocidos como tales por Resolución número 03061 de 12 de diciembre de 1972 (Fls. 7 y 8).

Los árbitros mencionados no se pusieron de acuerdo en la escogencia del tercero y

así lo comunicaron al Ministerio (Fls. 11 y 12) el que por medio de Resolución número 00089 de 9 de enero de 1973 designó como tercero al doctor Juan B. Barrios.

El Tribunal así integrado, se instaló el 22 de dicho mes, designó como su Presidente al doctor Juan B. Barrios, nombró secretario del mismo y en el curso de las varias sesiones que tuvo y cuyas actas pueden verse a folios 117, 118, 119, 120, 129, 130, 131, 132, 133 a 135, 136 a 138, 139, 140, 141 a 145, 146 a 150, 151 a 154, 155 a 159, 160 a 162, 163, 164, 165 a 168, 169 a 171, 172 a 174, 175, 176 y 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184 a 186, 187, 188, 218 a 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229 a 241 (cuaderno N° 1), pidió al Ministerio copias del laudo denunciado y de las convenciones a él incorporadas, oyó a las partes y decretó pruebas. También solicitó desde un principio una ampliación por 60 días del término para dictar el laudo y éste le fue concedido por el Ministerio del Trabajo, en Resolución número 00256 de 31 de enero de 1973 (Fls. 189 y 190).

Durante el juicio arbitral en forma específica se tuvieron como pruebas los balances de la Flota Mercante Grancolombiana S. A., correspondientes a los años 1970 y 1971, el laudo arbitral de 1964, los informes del Dane sobre costo de la vida en 1971 y 1972, la lista de personal de mar ascendido en el segundo semestre de 1972, fotocopia de las nóminas de personal durante este mismo semestre y fotocopias de los balances de 1970 y 1971, así como de las Resoluciones 00037 y 00038 de 1972 del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. También se recibió una cartilla informativa elaborada por la empresa en relación con el pliego de peticiones.

El 28 de marzo de 1973, el Tribunal profirió por mayoría el laudo arbitral. Salvó el voto el árbitro designado por la Flota.

La sentencia fue notificada al representante legal de la sociedad el 3 de abril siguiente (Fl. 322) y al de la Unión de Marineros el dos del mismo mes (Fl. 323).

El tercer Gerente de la Flota, quien venía representándola confirió poder al doctor Antonio José Contreras Ramírez para interponer y sustentar el recurso de homologación contra el laudo (Fl. 324) y aquél lo formuló el día 4 del mes citado.

El Tribunal de Arbitramento concedió el recurso interpuesto en auto de 5 del mismo mes (Fls. 329 y 330, cuaderno N° 1).

El recurso extraordinario

La Flota Mercante Grancolombiana S. A., lo sustenta mediante tres escritos de fechas 18 y 22 de mayo y 5 de junio del año en curso, suscritos por el abogado a quien confirió poder para representarla ante la Corte, Sala de Casación Laboral.

Por su parte, el mandatario judicial de la Unión de Marineros Mercantes de Colombia "Unimar", replicó lo manifestado por el apoderado de la Flota en memoriales de fechas 21 y 30 del mes de mayo.

Las dos partes agregaron a sus alegatos varios documentos que enumeraron en aquéllos.

El recurso tiende a obtener como cuestión fundamental la nulidad de la sentencia arbitral y subsidiariamente la declaratoria de inexequibilidad de algunas de sus cláusulas.

La Corte procederá al estudio de cada uno de los ataques formulados contra el laudo en el orden en que fueron propuestos por el recurrente, como lo hará también con las réplicas del opositor.

Primer cargo

Según el censor, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social designó irregularmente el árbitro tercero que le correspondió nombrar, por cuanto los designados por las partes no se pusieron de acuerdo en escogerlo.

Para demostrar este vicio en la integración del Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo atacado, transcribe en primer término el numeral 3° del artículo 3° de la Ley 48 de 1968 y luego copia el artículo 7° de la actual Codificación constitucional, que establece:

"Fuera de la división general del territorio habrá otras, dentro de los límites de cada departamento, para arreglar el servicio público (se subraya). Las divisiones relativas a lo fiscal, lo militar, la instrucción pública, la planificación y el desarrollo económico y social, podrán no coincidir con la división general".

El recurrente expresa luego que esta Sala, en ejercicio de la facultad que le confirió la Ley 48 de 1968, "que ordena elaborar la lista de árbitros con ciudadanos residentes en los distintos departamentos del país" y sujetándose, además, como estaba obligada a hacerlo, al indicado principio constitucional, dividió el territorio de la República en tantos distritos o circunscripciones arbitrales cuantos son los Departamentos de Colombia, y designó para cada uno de ellos a las personas elegibles por el Ministerio de Trabajo en los eventos contemplados en la misma ley, teniendo en cuenta desde luego el lugar donde se ventile el conflicto colectivo y sin que a ese Despacho le esté permitido efectuar trashumación alguna".

Manifiesta en seguida el impugnador que el Tribunal de Arbitramento es una institución investida de funciones jurisdiccionales y que éstas son de orden público por lo cual no es potestativo del Gobierno determinar ni el lugar donde han de actuar los árbitros, ni fijado aquél, "dentro de cada Departamento", escoger el nombre del tercer árbitro de una lista distinta "a la que corresponde a ese departamento, según la distribución efectuada taxativamente por la Corte".

A continuación, el recurrente transcribe parte de un fallo del Consejo de Estado relacionado con el lugar en que debe funcionar el Tribunal Especial de Arbitramento, anotando que dicha Corporación expresó que la competencia "es improrrogable, cualquiera que sea el factor que la determine", según el artículo 13 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en el proceso laboral a falta de disposición especial.

Agrega que, en este caso según aparece del Acta número 3 de 25 de enero de 1971, expedida por el Secretario de la Sala de Casación Laboral de la Corte, el doctor Juan B. Barrios, designado tercer árbitro por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pertenece a la lista del Departamento del Magdalena y no al de Cundinamarca, en cuya capital tuvo su sede el Tribunal convocado para dirimir el conflicto colectivo de trabajo existente entre las partes y que en consecuencia, por esta última circunstancia, el Ministro estaba "obligado perentoriamente a escoger el tercer árbitro de entre los 54 ciudadanos que integran la

lista de Cundinamarca, en la que figuran ex-ministros, ex-magistrados, catedráticos, tratadistas de derecho, etc."

Afirma en seguida que "el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, al designar al doctor Juan B. Barrios como tercer árbitro, no sólo quebrantó el principio de la Carta sobre división del territorio nacional para efectos jurisdiccionales y las normas reguladoras de la competencia contenidos en los artículos 5º y 145 del Código de Procedimiento Laboral, y 23, numeral 5º y 13 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el 458 del Código Sustantivo del Trabajo y 143 del Código de Procedimiento Laboral, sino que al propio tiempo descalificó la idoneidad de los cincuenta y cuatro ciudadanos que integran la lista de árbitros para el Departamento de Cundinamarca (Acuerdo número 2 de 1971, inserto en el Acta número 3 del mismo año)".

Observa luego el recurrente que como "nadie más que la Corte ha de velar con mayor celo por el respeto a la Constitución y a la ley y por el cumplimiento estricto de sus propios ordenamientos, se impone la necesidad y la conveniencia de que declare irregular y nula la constitución del Tribunal de Arbitramento convocado por Resolución 002537 del 6 de octubre de 1972, y ordene, en consecuencia, la convocatoria de uno nuevo".

Finaliza el cargo el impugnador manifestando que la "Sala Laboral de la Corte" ha anulado varias veces laudos de tribunales que fueron constituidos irregularmente y cita entre otros el de 20 de noviembre de 1970 que en parte transcribe.

Las razones con que sustentó este primer ataque el procurador judicial de la Flota Mercante Grancolombiana S. A., fueron replicadas por el apoderado de la Unión de Marineros Mercantes de Colombia "Unimar" con varios argumentos:

En primer lugar observó el opositor que las nulidades son taxativas y en consecuencia ellas no pueden declararse por hechos no contemplados como tales en la ley y que el numeral 3º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968 apenas dice que la "Sala Laboral de la Corte integrará para períodos de dos (2) años una lista de doscientos (200) ciudadanos residentes en los distintos departamentos del país que sean abogados titulados especializados en derecho

laboral o expertos en la situación económica y social del país y de reconocida honorabilidad”.

De la norma transcrita infiere el apoderado de Unimar que la ley en ninguna parte somete a limitaciones geográficas el nombramiento del árbitro tercero de los tribunales especiales de arbitramento obligatorio y que el precepto sólo establece para el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la limitación de que ese tercer árbitro debe escogerlo de la lista que cada dos años le pasa la Sala de Casación Laboral de la Corte.

El opositor hace la exégesis de la norma antes citada y manifiesta que las disposiciones sobre competencia territorial que regulan el funcionamiento de la justicia ordinaria, no se aplican a los Tribunales de Arbitramento Laboral, cuyas funciones son transitorias y ocasionales y manifiesta que “son otros los principios, las causas y las razones que determinan el funcionamiento de estos tribunales, además de que la misión del tribunal que profirió el laudo recurrido fue la de resolver un conflicto laboral colectivo de implicaciones no en el Departamento de Cundinamarca sino en todo el ámbito nacional e internacional, porque los buques de la Grancolombiana tocan en todos los puertos nacionales y en muchos puertos extranjeros”.

En otra parte de su réplica manifiesta el apoderado del Sindicato que el doctor Juan B. Barrios hacía parte de la lista de árbitros pasada por la Sala al Ministerio y que esta dependencia del Estado podía escogerlo por tal razón; que lo que no podía hacer el Gobierno era “escoger a quienes no figuren en la lista integrada por la Corte, porque ello sí viciaría de ilegalidad la integración del Tribunal”.

Manifiesta en otro aparte de su escrito que si se aplicara un criterio diferente desaparecerían los principios de equidad y de equilibrio social y de coordinación económica que informan el Derecho del Trabajo, para convertir cada conflicto laboral en un pleito más entre particulares, sometido a las frecuentes argucias que se ven todos los días ante los jueces comunes, entre los que no están los tribunales de arbitramento.

Expresa también que no se pueden aplicar las normas que regulan la competencia y la jurisdicción de los juicios civiles

a los tribunales de arbitramento laborales que son por su naturaleza, por su función, su misión y su oportunidad completamente diferentes.

Finalmente el opositor adicionó los anteriores argumentos manifestando que la división jurisdiccional del país, es prerrogativa exclusiva del Congreso y por ello la Corte Suprema de Justicia no puede, por medio de acuerdo, “dividir el territorio nacional en zonas jurisdiccionales”; que la Ley 48 de 1968 autorizó la formación de una lista de ciudadanos capaces de servir de árbitros en los “conflictos laborales”, que debe ser elaborada por la Corte, escogiendo de todo el país y que para que tal escogencia no se centralizara en Bogotá, le impuso la obligación de seleccionarlos de personas residentes en cada uno de los Departamentos, pero que esta circunstancia no crea competencia ni jurisdicción en las personas sino en el respectivo tribunal.

Finalmente expresa: “No se puede afirmar que por escoger un colombiano de Barranquilla, capaz de ser árbitro, se esté descalificando a nadie ni se incurra en nulidad. Esa nulidad no existe en la ley”.

Se considera

Para el recurrente, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social designó irregularmente el árbitro tercero, por lo que se impone la necesidad y la conveniencia de que la Corte se pronuncie en tal sentido y declare nula la constitución del Tribunal de Arbitramento convocado por la Resolución número 002537 de 6 de octubre de 1972 para resolver el conflicto colectivo que existía entre la Flota Mercante Grancolombiana S. A., y la Unión de Marineros Mercantes de Colombia “Unimar”.

El vicio anotado por el impugnador tiene su origen según él, en que el artículo 3º, numeral 3º de la Ley 48 de 1968, en concordancia o desarrollo del 7º de la Codificación constitucional, dividió el territorio de la República en tantos distritos o circunscripciones arbitrales cuantos son los departamentos de Colombia y que la Corte designó para cada uno de ellos a las personas elegibles por el Ministerio en los eventos contemplados en la misma ley, teniendo en cuenta, desde luego el lugar donde se ventile el conflicto y sin que pueda el

Ministro del Trabajo nombrar para integrar un Tribunal de Arbitramento Obligatorio a persona que figure en la lista correspondiente a una circunscripción arbitral distinta, lo que sucedió en este caso pues el tercer árbitro doctor Juan B. Barrios pertenecía a la lista del "distrito o circunscripción del Magdalena".

Para el censor ha debido designarse a una de las 54 personas que conforman la lista de árbitros del Departamento de Cundinamarca, por la circunstancia de que la sede del funcionamiento del Tribunal Obligatorio era Bogotá, y al no hacerlo descalificó por una parte la idoneidad de quienes conformaban la lista de aquel departamento, infringió el precepto de la Ley 48 de 1968, ya mencionado, el artículo 7º de la Constitución Nacional y no tuvo en cuenta, las reglas sobre competencia tanto del Código de Procedimiento Laboral como del Código de Procedimiento Civil, todas en relación con el 458 del Código Sustantivo del Trabajo y 143 del C. P. L.

El ataque pues se fundamenta en el nombramiento que estima irregular del tercer árbitro sin hacerse reparo alguno sobre el lugar donde se señaló la sede de funcionamiento del Tribunal, no obstante que para fundamentar la censura se transcribió fragmentariamente un fallo del Consejo de Estado en el cual se decide dónde deben funcionar aquéllos cuando las partes tengan su domicilio en el mismo municipio.

Reseñadas brevemente las razones del impugnador para pedir la nulidad del laudo acusado, pasan a estudiarse.

El antecedente inmediato del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, como ya lo ha dicho la Sala, fue el artículo 1º del Decreto legislativo número 2469 de 1965, mediante el cual se dispuso:

"1º Cada dos (2) años, a partir de la vigencia de este Decreto el Gobierno enviará a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia una lista de por lo menos ciento ochenta (180) personas, ciudadanos colombianos, abogados titulados, o conocedores de las cuestiones económicas y sociales y de reconocida honorabilidad, que constituirá la lista de árbitros de entre los cua-

les aquélla escogerá los integrantes de los tribunales de arbitramento obligatorio".

"2º Para el cumplimiento del numeral anterior, las asociaciones gremiales de patronos y de trabajadores legalmente constituidas que determine el Gobierno en la reglamentación respectiva, pasarán al Ministerio del Trabajo sendas listas compuestas de ciento veinte (120) nombres que, reuniendo las calidades requeridas, residan en los distintos departamentos del país (subraya la Sala), de entre las cuales se seleccionarán dos terceras partes del total de miembros de la lista de árbitros, de tal modo que, adicionada con los nombres que corresponde enviar al Gobierno, ésta quede formada por terceras partes, con los nombres postulados por el sector patronal, el sector trabajador y el Gobierno, para periodos de dos (2) años" (Subraya la Sala).

Como fácilmente puede verse, este decreto que sustituyó el artículo 35 del 2351 de 1965, no estableció distritos o circunscripciones arbitrales. Se limitó a prever que era la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, la que designaba los árbitros para integrar en su caso los Tribunales de Arbitramento Obligatorio, escogidos de una lista formada como reza la disposición.

Lo que sí previó el legislador fue que para la formación de esa lista se tuvieran en cuenta únicamente ciudadanos colombianos que exhibieran los requisitos enumerados en el ordinal 1º del artículo copiado, pero al agregar que "residan en los distintos departamentos del país", lo que quiso fue que se hiciera una integración nacional de la dicha lista.

El Decreto legislativo cuyo artículo 1º se transcribió comenzó a regir el 17 de septiembre de 1965 y fue subrogado por el artículo 3º, numeral 3º de la Ley 48 de 1968 cuya vigencia comenzó el 25 de diciembre de ese año.

Este precepto dispuso:

"3º El tribunal de arbitramento obligatorio se compondrá de tres miembros designados así: uno por la empresa, otro por el sindicato o sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de éstos por los trabajadores, en

asamblea general, y el tercero de común acuerdo por dichos dos árbitros. En caso de que los dos árbitros no se pongan de acuerdo para elegir el tercero, dentro de las 48 horas siguientes a su posesión, dicho árbitro será designado por el Ministerio del Trabajo de lista integrada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia integrará dicha lista para períodos de dos (2) años con doscientos ciudadanos colombianos residentes en los distintos departamentos del país, que sean abogados titulados, especialistas en derecho laboral o expertos en la situación económica y social del país y de reconocida honorabilidad" (subraya la Sala).

Interesa destacar frente al precepto copiado que tampoco la ley estableció distritos o circunscripciones arbitrales.

La Ley 48 de 1968 dio un mandato a la Corte, Sala de Casación Laboral: formar y pasar al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social una lista de personas que reúnan determinados requisitos, con el objeto de que si en un conflicto colectivo que deba decidirse por un tribunal de arbitramento obligatorio los árbitros designados por las partes no se ponen de acuerdo en la escogencia del tercero, lo designe el Ministerio de tal lista.

Cuando la Corte elabora la lista de árbitros no inviste a los que la forman de jurisdicción ni les otorga competencia. Simplemente nombra las personas que pueden ser integrantes de un Tribunal Especial.

La obligación, que no se modificó de que los escogidos "residan en los diferentes departamentos del país" sólo atiende a que la lista se integre nacionalmente.

Pero el impugnador con fundamento en el Acuerdo que aprobó la Sala según el cual se designan nombres de ciudadanos colombianos residentes en cada departamento, considera que se ha elaborado no una lista sino varias. Tal apreciación es equivocada, como lo sostiene el opositor. La Corte frente a lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, sólo puede elaborar una sola lista y también como anota el apoderado de Unimar, no tiene competencia para dividir el país en distritos judiciales, ni lo ha hecho.

Por otra parte, no existe en la ley norma alguna que prohíba al Ministerio del

Trabajo escoger de esa lista única el tercer árbitro aunque esté residenciado o radicado en departamento distinto a aquél donde el conflicto colectivo haya surgido o vaya a resolverse. Lo que dispone la ley sin hacer excepciones es lo expresado en el numeral 3º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968: "En caso de que los dos árbitros no se pongan de acuerdo para elegir al tercero, dentro de las 48 horas siguientes a su posesión, dicho árbitro será designado por el Ministerio del Trabajo de la lista integrada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia". (Subraya la Sala).

Al no haber establecido la Ley 48 de 1968, distritos o circunscripciones arbitrales, mal pudieron violarse los artículos 7º de la Constitución Nacional y 3º de la Ley 48 de 1968.

La consideración del censor sobre que el Ministerio al elegir árbitro tercero descalificó a los 54 ciudadanos de la lista, residentes en Cundinamarca, no puede aceptarse, pues es obvio que el acto de escogencia no implica descalificar a los restantes.

Finalmente el ataque respecto a que se violaron las normas reguladoras de la competencia, contenidas en los artículos 5º y 145 del C. P. L. y 23 numeral 5º y 13 del Código de Procedimiento Civil, es improcedente porque las censuras sólo se refieren a la designación que se afirmó irregular del tercer árbitro, pero no a la competencia territorial del mismo tribunal que tampoco se encuentra afectada por la designación que se estudió.

El cargo no prospera y no se declarará la nulidad del laudo acusado por las pretendidas irregularidades en la integración del tribunal que lo dictó.

Segundo cargo

Gravámenes económicos onerosos

Dice el recurrente que tanto el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como la Sala de Casación Laboral de la Corte han sostenido que las decisiones arbitrales, cuando definen conflictos puramente económicos o de intereses, escapan a su control jurisdiccional, pero que también es cierto que en esta materia la jurisprudencia no ha desconocido la posibilidad de revisar esas decisiones cuando "impongan al

patrono o empresario cargas económicas en tal grado onerosas que atenten contra su estabilidad financiera y conduzcan a su quiebra o extinción, ya que ello, además de implicar una especie de expropiación o exacción, afectaría gravemente la economía nacional".

Transcribe en seguida parte de un fallo proferido por la Sala el 16 de marzo de 1968 que desató el recurso de homologación contra el laudo que puso fin al conflicto colectivo entre el Sindicato de Trabajadores de la Industria de Cervecerías y similares y Cervecería Aguila S. A., y manifiesta que es necesario indagar en cada caso si los árbitros, lejos de limitarse a buscar "el reajuste de la situación económica de los trabajadores para atemperarla a las cambiantes exigencias sociales, creando para ello nuevos condicionamientos en la relación de trabajo o modificando los existentes", en un alarde demagógico, extralimitan sus facultades y, so pretexto de ejercer una jurisdicción de equidad, que requiere suma prudencia y "un examen serio, juicioso y responsable de todos los elementos o factores relacionados con el problema colectivo laboral, como son los de orden patrimonial y salarial, costo de producción, utilidades líquidas, etc...", acaban adoptando soluciones abiertamente inequitativas.

Previas las anteriores consideraciones el impugnador afirma que la mayoría de los árbitros tratan de justificar los aumentos salariales y prestacionales con una superficial motivación y descalifica los argumentos de la mayoría del tribunal, que transcribe, para dar la razón a lo expresado por el árbitro disidente, que en parte también copia y que adiciona con las siguientes consideraciones:

Realmente la empresa ha crecido y está prestando mejores servicios y transportando más carga que en 1947, pero ello no significa que se haya enriquecido en un 808% como erradamente lo entendió la mayoría del tribunal al leer el informe de labores del Gerente de la Flota correspondiente a 1970. Para una mejor comprensión del pensamiento de la Gerencia, extracta el recurrente una parte del citado documento, que dice:

"Como dato ilustrativo y que es índice del crecimiento de la empresa, anotamos que durante el año de 1947 nuestros bu-

ques transportaron 189.439 toneladas de carga y para 1970 movilizamos 1.720.788 toneladas, o sea que se ha registrado un incremento del 808%". (Informe de labores, 1970, Pág. 14).

Como se puede apreciar, agrega el recurrente, el incremento anotado se operó en el tonelaje pero ello no se tradujo en una acumulación neta de ganancias, ni en un fortalecimiento económico y financiero de la empresa, sino en un beneficio intangible para el país que se vio mejor atendido en la movilización de su carga de importación y exportación, pues la Grancolombiana sirvió nuevas rutas.

De otra parte manifiesta el acusador que si se analiza la rentabilidad de la empresa que aparece registrada en el anexo número 1 de la cartilla informativa, se puede apreciar que en promedio y durante los 10 últimos años sólo llega al 1.35%, de lo que demuestra que no es un negocio lucrativo. Por el contrario y como lo pone de presente el mismo Informe de Labores que se comenta "... el 85% de los gastos de esta industria están fuera del control del naviero, pues el armador no es el que fija el precio de los buques, ni el de los gastos portuarios que absorben un 50 y un 60% del valor total del flete; tampoco tiene ingerencia en lo relativo a salarios y prestaciones sociales de los estibadores, servicios y derechos portuarios, que se han elevado considerablemente... Todo lo anterior, agregado a las pérdidas incalculables por las huelgas —ya sea de estibadores o de tripulaciones que se suceden internestivamente— y las congestiones portuarias que inmovilizan los buques por meses y semanas, hacen muy precaria la situación de las líneas navieras". (Informe de Labores, 1970, página 20).

A continuación el impugnador analiza la "liquidez de la empresa", y manifiesta que si se toman en cuenta los datos contenidos en el Balance General en 31 de diciembre de 1972, se encuentra la siguiente realidad:

"Activo corriente . . . \$ 740.861.000.00

"Menos Pasivo corriente 616.979.000.00

"Capital de Trabajo . \$ 123.882.000.00

"Relación de Capital de Trabajo 1.20 a 1.00.

Teniendo en cuenta estas cifras expresa el recurrente que la situación de liquidez de la Grancolombiana no es buena, pues lo adecuado, de acuerdo con los expertos, es tener una relación de 2.00 a 1.00 para poder atender las operaciones normales de la Compañía, siendo por tanto angustiosa la primera relación, máxime si se considera que los \$ 123.882.000.00 que aparecen como capital de trabajo, no es una partida que esté disponible para la empresa, pues en ella se incluyen \$ 32.272.000.00 por concepto de reclamos pendientes de pago y gran parte de la suma de \$ 106.519.000.00 por anticipos a los agentes para atender pagos ya determinados.

Tampoco debe perderse de vista, que el laudo arbitral, cuya vigencia se retrotrae al 3 de julio de 1972 en casi todos sus rubros, creó un pasivo intempestivo para la Compañía que excede los cincuenta y tres millones de pesos, habida cuenta de que el costo anual del mismo llega a los \$ 107.277.616.00. Este hecho expresa, produce sobre la Grancolombiana un impacto muy oneroso que agota su capital de trabajo.

Incurrieron pues, dice el recurrente, en error los árbitros al considerar que la liquidez de la Compañía era buena y al sostener que el capital de trabajo de la misma "...representa una suma considerable disponible para su uso inmediato, sin temor de ninguna inestabilidad financiera".

Afirma también que el costo del laudo arbitral para la Flota, en dos años que se están contando desde julio del año pasado, llega a doscientos quince millones de pesos, gasto nuevo con el cual desaparece el actual capital de trabajo de \$ 123.882.000.00, para registrar en cambio uno negativo de \$ 91.118.000.00.

Analiza finalmente el impugnador lo relativo a los "activos fijos" de la Grancolombiana y expresa que en verdad ellos están representados en sus buques y en unos pocos inmuebles, pero que no es exacta la afirmación del Tribunal de que "permanentemente se valorizan" para producir el efecto de una buena situación patrimonial.

Respecto a los buques, cuyo valor no cita, manifiesta que ninguno de los que hoy tiene la Flota podría venderse en el mercado ni siquiera, por una suma igual al precio de compra; que es un hecho incon-

trovertible que aquéllos tienen una vida rentable que no excede los veinte años, y por este motivo, a medida que los mismos pasan, el costo de la nave disminuye en el mercado y que un factor que incide igualmente en contra de su valorización tiene su apoyo en los avances de la técnica y las exigencias del mercado que todos los días demanda buques más veloces y confortables.

En relación con los inmuebles los discrimina indicando su avalúo catastral de lo cual se tiene que en Colombia es propietaria la Empresa de edificios, casas y lotes situados en varias partes, avaluados en \$ 45.506.352.00 y un lote en Guayaquil justipreciado en sucres 4.070.700.00.

Teniendo en cuenta el valor catastral de los inmuebles de la Flota, afirma el recurrente que, si aquélla, en un momento dado, decidiera venderlos, no alcanzaría a pagar con las sumas percibidas el nuevo costo que durante un semestre le significa el laudo atacado. Agrega que la valorización de los inmuebles es además un fenómeno tan relativo que puede aseverarse que en el mejor de los casos con ella sólo se alcanza a proteger la desvalorización del peso colombiano.

Observa también que el vocero de la empresa ante el Tribunal le suministró a éste suficientes y diáfanos elementos de juicio que aparecen resumidos en la llamada "Cartilla Informativa" y que, de este documento, del salvamento de voto del árbitro designado por la Compañía y de los cuadros anexos elaborados por el grupo asesor de la Gerencia de aquélla, emerge la conclusión de que las cargas económicas impuestas por el laudo montan a la suma de \$ 107.277.616.00 por cada año de vigencia del mismo, a tiempo que el capital y reservas de la Grancolombiana apenas alcanzan a \$ 333.000.000.00.

Por todo lo anterior el representante judicial de la Flota pide que la Corte, Sala de Casación Laboral, declare en su conjunto inexecutable el laudo acusado por la exorbitante imposición de cargas económicas a la empresa, o en otros términos, por manifiesta inequidad, lo cual quebranta el artículo 1º del Código Sustantivo del Trabajo, que proclama como su finalidad primordial "la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y

trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social", principio que guarda armonía con los que consagran los artículos 30, 32 y 34 de la Carta, éste por analogía.

Este cargo lo replica al apoderado de Unimar manifestando que es tendencioso y que todos los aumentos decretados por el Tribunal, como puede verse en las Actas números 29 y 30 fueron propuestos por el árbitro designado por la empresa, quien posteriormente y en forma sorprendente retiró su voto, rectificando así un acto "efectuado en forma unánime y conjunta por los tres (3) árbitros, precisamente a propuesta suya".

Hace luego un análisis de la situación financiera de la Flota, para indicar que de acuerdo con los balances de 1970, 1971 y 1972 el total de sus activos fue de \$ 1.388.761.882.53, \$ 1.861.248.786.85 y \$ 2.701.034.623.23, respectivamente, y observa que el estudio comparativo de tales balances demuestra que el patrimonio de la compañía ha venido aumentando considerablemente gracias en no pequeña proporción al trabajo de sus marinos y asimismo sus utilidades que le permitieron la capitalización de \$ 1.312.000.000.00, en sólo dos años de 1970 a 1972.

También manifiesta el opositor que el movimiento de carga continuará aumentando ya que las nueve naves y el comercio con el Japón, los países mediterráneos y sobre todo la alianza hecha con poderosas empresas navieras japonesas, holandesas y la compañía venezolana de navegación le aseguran posiciones cada vez más ventajosas en el transporte internacional. Agrega que la Grancolombiana tiene además una apreciable cantidad de sumas que figuran en su contabilidad como reservas por cierto extralegales y excesivas que utiliza como capital social o de trabajo y que sólo una empresa que goza de exención de impuestos sobre la renta, patrimonio y complementarios puede hacerlo, por cuanto debido a esta circunstancia, no está sujeta al control de organismos oficiales.

En otra parte de la réplica expresa el apoderado del Sindicato que los gastos de sostenimiento no afectan al capital porque ellos se hacen con el producto de los fletes

los que han sido incrementados por las conferencias internacionales marítimas norteamericanas y europeas y del Lejano Oriente, aumentos éstos que favorecen ampliamente a la Grancolombiana.

Manifiesta que es tan buena la situación financiera de la compañía que bien vale la pena detenerse a examinar los sueldos millonarios de sus tres gerentes y al efecto presenta un cuadro en que anota dichos salarios y afirma que además aquéllos gozan de la Prima Móvil de Costo de Vida, que devengan los trabajadores de tierra y además cuatro mensualidades salariales por concepto de primas de servicio.

Sobre la incidencia del laudo dice que es de un 2.82%, teniendo en cuenta que las utilidades de la Grancolombiana son de \$ 1.537.934.393.02 y el costo anual del laudo de \$ 50.036.009.01, con lo cual queda demostrado que el patrimonio de la empresa no solamente permanece intocado, sino que puede seguir aumentando al mismo ritmo acelerado o tal vez superior al actual.

Finalmente y luego de referirse a los aumentos salariales que se han hecho este año en otras empresas y en el "poder judicial", manifiesta que de lo dicho antes emerge la conclusión de que los árbitros sí tuvieron en cuenta la situación financiera de la empresa y que su determinación no fue demagógica ni inequitativa sino inspirada en claros principios de equidad económica y justicia social.

Se considera

En este cargo el recurrente pide que la Corte declare la inexecutable del laudo en su conjunto por los exorbitantes gravámenes que impuso a la Flota o en otros términos por manifiesta inequidad.

Las razones que expone el impugnador para sustentar su tesis, y que al finalizar de reseñarlas, estudiará la Sala, son:

1ª Que la motivación de la sentencia arbitral, dictada por mayoría, es equivocada y demagógica.

2ª Que por el contrario, el salvamento de voto del árbitro que designó la Flota, es correcto y está fundamentado en la cartilla informativa que la empresa llevó al juicio.

3ª Que realmente la compañía ha venido creciendo, está prestando mejores servicios y transportando más carga pero que es inexacto que se haya enriquecido en un 808% como lo consideró el Tribunal de acuerdo con el informe de labores correspondiente al año de 1970.

4ª Que el aumento del 808% se operó en el tonelaje y él sólo constituye un beneficio intangible para el país, que se vio mejor atendido en la movilización de su carga de importación y exportación, pues la Grancolombiana sirvió nuevas rutas.

5ª Que la rentabilidad de la empresa, según el Anexo número 1 de la Cartilla informativa es en promedio de 1.36%, durante los diez últimos años, lo que demuestra que no es un negocio lucrativo.

6ª Que la situación de las empresas navieras es muy precaria por las pérdidas incalculables por las huelgas ya de estibadores o de tripulaciones que se suceden intempestivamente, y además por las congestiones portuarias que inmovilizan los buques por meses y semanas.

7ª Que la liquidez de la empresa, no es buena por cuanto su capital de trabajo, según el balance de 1972, solamente está en relación de 1.20 a 1.00 cuando de acuerdo con los expertos, lo adecuado sería que fuera de 2 a 1.

8ª Que el laudo creó un pasivo intempestivo que excede los cincuenta millones de pesos y además que en los dos años de vigencia de aquél, que se están contando desde el mes de julio de 1972, casi en todos sus rubros, llega a \$ 215.000.000.00.

9ª Que los "activos fijos" de la Grancolombiana representados por sus buques y unos pocos inmuebles no es cierto que permanentemente se valoricen para producir una buena situación patrimonial y que si vendiera la Flota sus inmuebles teniendo en cuenta su valor catastral, aquélla no alcanzaría a pagar con las sumas percibidas el nuevo costo que durante un semestre le significa el laudo atacado.

A las anteriores razones procedieron algunas otras sobre la "posibilidad" que tiene la Corte, según su jurisprudencia, de revisar las decisiones de un tribunal de arbitramento cuando impongan al patrono o empresario cargas económicas en tal grado

onerosas que atenten contra su estabilidad financiera y conduzcan a su quiebra o extinción, cuestiones éstas que se demuestran si se toman en cuenta los elementos de juicio que aparecen resumidos en la Cartilla Informativa, en el salvamento de voto del árbitro designado por la compañía y en los cuadros anexos elaborados por el Grupo Asesor de la Gerencia de la Grancolombiana que prueban cómo las cargas económicas por cada año de vigencia de la sentencia montan la suma de \$ 107.277.616.00.

Frente a lo expuesto por el impugnador, debe observar la Sala que en efecto ha dicho en varias oportunidades que los árbitros que deciden conflictos colectivos de intereses fallan en equidad y que ella constituye, sin duda alguna, la fuente primordial del derecho. Además ha expuesto que, como regla moral, la equidad es la raíz misma de aquél y así la concibieron los jurisconsultos romanos cuando la definieron como el sentimiento de lo bueno y de lo justo y también expresó que si el petitum o sea el pliego de peticiones "constituye el marco o encuadre que no puede ser rebasado por el laudo, no ha querido decir con ello que toda decisión arbitral circunscrita dentro del pliego petitorio haya de ser forzosamente justa e intocable, de modo tal que el pliego señale siempre el límite de lo equitativo" ... Por el contrario ha sostenido "que los árbitros aun fallando en equidad, en materias económicas no han de caer en la arbitrariedad, ya que tienen o deben tener como valla la evidencia de los hechos acreditados en la propia controversia laboral, para lo cual tienen facultad amplísima de oír a las partes, recoger toda clase de pruebas y demandar la ampliación del plazo hasta madurar su decisión y emitir un fallo ecuaníme y debidamente motivado".

No obstante esta jurisprudencia, en ella la Corte ha expresado que para poder revisar en sede de homologación los aspectos económicos de un laudo, la inequidad del mismo ha de ser manifiesta. Se expresó así la Sala:

"Si, con todo, el fallo desconoce de manera protuberante la realidad económica de la entidad patronal, o al contrario, desatiende los reclamos y peticiones de la clase

trabajadora que en determinado momento correspondan a necesidades propias de su subsistencia vital, es muy posible que el control jurisdiccional que la Corte tiene sobre el laudo le permita rechazar el fallo tan notoriamente inequitativo y declarar su inexequibilidad en puntos que, aun siendo de intereses materiales, contravengan de modo evidente la realidad económica que debe ser el sustentáculo del fallo arbitral".

Es pues misión de la Corte en este caso indagar si las cargas económicas impuestas a la Flota Mercante Grancolombiana son tan onerosas, que se compruebe en forma manifiesta la inequidad de la sentencia.

El recurrente opuso a la motivación del laudo acusado el salvamento de voto del árbitro designado por la Flota y aunque él contiene las consideraciones del disidente no debe dejar de apreciarse por cuanto sí podría reflejar la verdad del asunto debatido y demostrar con las razones que expuso error, para los efectos de este ataque, en las consideraciones mayoritarias del Tribunal sobre los puntos económicos del pliego a que accedió en forma parcial o total.

Sin embargo, el salvamento sostiene que existen varios factores que concurren a mantener la relación de salarios en el caso de los marinos, no obstante que acepta en la parte primera del escrito que es "ineludible factor de la determinación del salario y las prestaciones socioeconómicas del trabajador", "las variaciones en el costo de vida que han continuado en constante aumento durante la vigencia del laudo arbitral de 1971" y en otro manifiesta, luego de indicar cuál es ese índice de aumento que él "acredita ciertamente la equidad de un incremento salarial y prestacional que mantenga la capacidad económica del trabajador al mismo nivel que tenía al expirar la vigencia del laudo anterior".

A continuación el árbitro disidente hace una comparación entre lo que quedaría devengando un capitán y un marinero para enfrentar las cifras concretas a la remuneración de un ministro de Estado.

En la segunda parte de su escrito repite el mismo estudio que hizo la Flota en la cartilla informativa de su rentabilidad comparándola con la de otras empresas; acepta la liquidez que presenta el balance de la

primera y hace otras consideraciones que no incluyen ningún estudio sobre la verdadera situación financiera de la Grancolombiana.

Finalmente da una serie de datos sobre costo del laudo, porcentaje de incrementos, etc., que no expresa cómo se hicieron y dice que las reservas hechas "representan el capital de trabajo y responden de créditos pasivos, uno solo de los cuales, el proveniente de la construcción de buques, asciende a \$ 1.337.176.000.00", pero esta cifra no aparece en los balances.

En los autos, fuera de la Cartilla Informativa allegada por la Flota no aparecen los datos consignados por el árbitro disidente, pero es preciso observar sobre aquéllo que lo que se avaluó fue el pliego de peticiones que contenía aspiraciones mucho mayores de las que reconoció el laudo.

Así por ejemplo se justipreciaron las peticiones sobre bonificación por dominicales y festivos, reducción de la jornada de trabajo, adición de vacaciones remuneradas, prima de vacaciones y costo de las tripulaciones de relevo (puntos 7º, 8º, 15 y 17 del pliego), negadas con excepción del párrafo III del punto 8º, que según la misma cartilla arrojan un valor total de \$ 92.827.621.51.

Además debe tenerse en cuenta que en el mismo anexo (Fl. 485, cuaderno 2) se hizo no sólo el justiprecio del aumento de salario sino que se agregó la incidencia en prestaciones sociales con fundamento en la petición de Unimar del reajuste de aquél y de las sobrerremuneraciones fijas que paga la Flota a un grupo de sus trabajadores en un treinta por ciento, y que el laudo sólo accedió en parte a lo solicitado pues decretó sólo un 15% de aumento sobre el salario y de un 30% en relación con las sobrerremuneraciones fijas.

En cambio, la motivación mayoritaria del Tribunal tiene aspectos objetivos y coincide en algunos puntos con el salvamento de voto. Dijo el Tribunal:

"Situación financiera y patrimonial de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. Para juzgar con más acierto las peticiones formuladas por la Unión de Marinos Mercantes de Colombia en el pliego a que se ha hecho referencia, el Tribunal consideró conveniente, efectuar, como medida previa de

información, un examen de la capacidad económica de la Empresa, a efecto de saber si dicha entidad estaría en condiciones de absorber sin peligro alguno para su estabilidad financiera los costos que pudieran representar las aspiraciones de los trabajadores que el Tribunal considerara justas y equitativas, y realizado ese estudio, llegó a las siguientes conclusiones:

"a) Del análisis comparativo de los balances correspondientes a los años de 1970 y 1971 se encuentra que la empresa en sólo dos años de actividades ha tenido un apreciable incremento en su desarrollo económico no obstante haber tenido que afrontar algunos problemas que le implicaron gastos imprevistos especialmente en su tráfico con los Estados Unidos;

"b) El desarrollo general de la Flota desde la iniciación de sus operaciones a partir del año de 1947 hasta el año de 1970, ha sido notable en gran manera, como se puede comprobar con la lectura de algunos apartes del informe de labores presentado por su Gerente General, doctor Alvaro Díaz, quien afirma en dicho documento haber registrado la empresa hasta esa fecha un incremento equivalente al 808%;

"c) La liquidez de la empresa es buena a todas luces, ya que el activo corriente (o sea el efectivo disponible y realizable a corto plazo) comparado con el pasivo corriente (o sea las cuentas por pagar a corto plazo) arroja un índice positivo que es completamente satisfactorio;

"d) Teniendo en cuenta las características operacionales de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. su capital de trabajo (o sea la diferencia positiva entre el activo corriente y el pasivo corriente) representa una suma considerable disponible para uso inmediato, sin temor de ninguna inestabilidad financiera;

e) Los activos fijos están representados por los buques, edificios, y terrenos de propiedad de la empresa que permanentemente se valorizan, y por consiguiente, muestran una buena situación patrimonial, cuyo valor asciende en 31 de diciembre de 1971 a la cantidad de \$ 1.128.089.034.69, descontando la depreciación acumulada (\$ 251.649.915.12) o sea, el 60.6% del total del activo.

"Por lo anteriormente anotado, el Tribunal estima que la situación financiera de

la Flota Mercante Grancolombiana S. A. es satisfactoria y que, por tanto, está en condiciones de absorber el valor de algunos aumentos salariales y prestaciones que el Tribunal estuviere dispuesto a acoger por considerarlos justos y equitativos para una mejor redistribución de sus ingresos a favor de los trabajadores que han contribuido con su capital humano a la actual prosperidad de la misma".

Para los tres árbitros la empresa ha tenido que afrontar problemas que le han implicado gastos imprevistos y de acuerdo con su balance sí tiene liquidez.

No puede entonces calificarse como "de superficial" la motivación del Tribunal en este aspecto que es al que se refiere el recurrente.

Las observaciones anteriores indican que el gravamen afirmado por el apoderado de la Flota, como constitutivo de inequidad manifiesta, no tiene el valor con que se presenta, ni existen elementos en el juicio que permitan a la Sala apoyar dicha estimación en las cifras a que queda reducido el gravamen. Se anota sobre el particular que sólo ante la Corte, en el recurso extraordinario de homologación, se presentó el balance del ejercicio correspondiente a 1972, que no conoció el tribunal de arbitramento.

El impugnador acepta que la Grancolombiana ha venido creciendo, que está prestando mejores servicios y transportando más carga pero que es inexacto que se haya enriquecido en un 808% como lo considera el Tribunal.

El laudo en sus consideraciones no expresa que la Flota de 1947 a 1970, se haya enriquecido en un 808%. Lo que expresó es diferente: dijo el Tribunal:

"El desarrollo general de la Flota desde la iniciación de sus operaciones a partir de 1947 hasta el año de 1970, ha sido notable en gran manera, como se puede comprobar con la lectura del informe de labores presentado por su Gerente General, doctor Alvaro Díaz, quien afirma en dicho documento haber registrado la empresa hasta esa fecha un incremento equivalente al 808%".

No hablan los árbitros de enriquecimiento sino de incremento, cuestión similar a lo que expresó el Gerente General de la Flota, así:

“Como dato ilustrativo y que es índice del crecimiento de la empresa, anotamos que durante el año de 1947 nuestros buques transportaron 189.439 toneladas de carga y para 1970 movilizamos 1.720.788 toneladas, o sea que se ha registrado un crecimiento del 808%” (Fl. 340, Cuaderno N° 3).

Ningún elemento probatorio demuestra que la Grancolombiana sea solamente una empresa de servicio sin ánimo de lucro.

En el informe referido a folio 340 vto., se expresó así el Gerente General de la Grancolombiana:

“Ha sido política de la empresa renovar el equipo flotante que por su edad de servicio no es explotable económicamente (subraya la Sala), y en desarrollo de este programa de renovación, ha vendido 10 unidades ya obsoletas que han sido reemplazadas por buques modernos que llenan todos los requisitos y avances que en materias de arquitectura naval se han venido registrando en los distintos astilleros del mundo”.

“Las nuevas unidades adquiridas por la Grancolombiana, disponen de los equipos automáticos más modernos, lo mismo que de instrumentos de navegación que además de dar plena seguridad a las naves, garantizan en todo momento una correcta navegación y estricto cumplimiento de los itinerarios. Los nuevos equipos igualmente han permitido una gran diversificación en el transporte” (Fls. 348 vto.).

Existe sí en el mismo informe la afirmación de que “sus objetivos —los de la Flota aclara la Sala— no son propiamente de lucro, sino de servicio” a lo que debe observarse que el ánimo de lucro de una sociedad no puede confundirse con su rentabilidad.

Constituye una mera afirmación, sin incidencia en el cargo, el que la situación de las empresas navieras sea muy precaria por las distintas causas que expresa el impugnador.

Finalmente, las apreciaciones del recurrente sobre los “activos fijos” de la Flota, no dan base para una declaración sobre inequidad manifiesta, por cuanto los inmuebles se relacionan por su avalúo catastral y excluye el valor de las naves de la Grancolombiana.

El cargo no prospera y por tanto no se declarará la inexequibilidad del laudo por inequidad manifiesta.

Tercer cargo

El recurrente copia el punto 1° del pliego de peticiones sobre reajuste de salarios, transcribe el artículo del laudo que lo decidió y manifiesta que este ordenamiento es uno de los más onerosos y arbitrarios, ya que de una parte impone un aumento del 15% para todo el personal afiliado a Unimar, y otro del 30% para los capitanes, jefes ingenieros, contadores y enfermeros en lo que respecta a las “sobrerremuneraciones fijas mensuales”.

Manifiesta que como es obvio, los capitanes y los jefes ingenieros son empleados de dirección, los contadores son de confianza y manejo y los enfermeros ejercitan actividades discontinuas e intermitentes en el lugar del trabajo donde residen. En consecuencia, agrega, están excluidos de la regulación sobre jornada máxima legal, de conformidad con el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo.

Del anterior razonamiento saca el impugnador la conclusión de que la sobrerremuneración fija mensual de que gozan esos trabajadores entraña para ellos un tratamiento de favor, que no es equitativo aumentar, y menos en la proporción establecida por el laudo “con todas sus consecuencias legales”.

Finaliza el ataque manifestando que si la empresa, “sin estar obligada a ello, les viene reconociendo una sobrerremuneración fija mensual, es con base en la convención colectiva de 1961, que está vigente y, por tanto, según lo previsto en el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo el fallo arbitral no puede exceder los límites fijados en esa norma contractual.

El opositor replica este ataque manifestando que él está íntimamente ligado con el anterior y ya se ha visto que la situación económica de la empresa es de prosperidad asegurada y que un aumento del 15% es en Colombia el normal en las relaciones entre el capital y el trabajo.

Manifiesta luego que se hace por la Grancolombiana una clasificación que no está de acuerdo con su propio reglamento de trabajo y no se trata con estas sumas

fijas que se les reconoce a los trabajadores que indica el recurrente de remunerarles trabajo en horas extras sino de reconocerles una suma fija adicional a su salario por su responsabilidad permanente y sobrecargo de funciones y de trabajo en el ejercicio profesional. Agrega que así lo estudiaron los árbitros y por ella la razón del aumento, no existiendo por tanto violación de las disposiciones citadas en el ataque.

Se considera

En este cargo el recurrente ataca el primer punto del laudo por cuanto considera que es uno de los más onerosos y arbitrarios ya que no se limitó a decretar un aumento general de salarios del 15% sino que además reajustó en un 30% la sobrerremuneración fija mensual de que gozaban desde 1961 los capitanes, jefes ingenieros, contadores y enfermeros.

Para el acusador los capitanes y jefes ingenieros son trabajadores de dirección, los contadores son de confianza y manejo y los enfermeros ejercitan actividades discontinuas e intermitentes en el lugar donde residen y por tanto todos están excluidos de la jornada máxima legal, de conformidad con el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo.

Según lo expresa también el censor la empresa sin estar obligada a ello viene reconociendo a este grupo de trabajadores la dicha sobrerremuneración, con base en la convención colectiva de 1961, que está vigente y, por tanto, el Tribunal al disponer en el laudo un reajuste del 30% de la misma violó el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, por exceder los límites fijados en la citada norma contractual.

Sobre esta censura la Corte observa:

En el punto primero del pliego pidió el sindicato:

"Reajuste de salarios

"1º A partir del 1º de julio de 1972, la empresa reajustará en un treinta por ciento (30%) el salario de los trabajadores de sus unidades marítimas incluyendo la sobrerremuneración fija mensual de los capitanes, jefes ingenieros y contadores. El trabajo extraordinario dominical o festivo de los enfermeros será remunerado por la empresa en la misma forma que los demás

tripulantes que no tienen funciones de manejo".

El Tribunal resolvió este punto, así:

"1º Reajuste de salarios:

La Flota Mercante Grancolombiana S. A., aumentará en un quince por ciento (15%) con todos los efectos legales consiguientes, a partir del tres (3) de julio de 1972, fecha inmediatamente posterior al vencimiento del término del laudo arbitral de 1971, el salario de todo el personal afiliado a "Unimar", Unión de Marineros Mercantes de Colombia, que en esa fecha y posteriormente a ella estuviere presentando su fuerza de trabajo a bordo de sus unidades marítimas.

"Parágrafo. Asimismo la empresa aumentará a partir de esa misma fecha con todas sus consecuencias legales en un treinta por ciento (30%) las sobrerremuneraciones fijas mensuales que le está pagando a los capitanes, los jefes ingenieros, los contadores y los enfermeros por las labores que efectuaren propias e inherentes a sus respectivos cargos".

Previamente debe determinarse que aunque la forma de redacción del laudo haga pensar que el aumento decretado para capitanes, jefes ingenieros, contadores y enfermeros fue del 45%, tal cosa es sólo aparente pues lo que hizo el Tribunal fue distinguir entre el salario básico y la sobrerremuneración fija decretando como aumento un 50% de lo pedido para el primero y accediendo a reajustar lo segundo en un 30%.

En esta forma, si un capitán devenga US\$ 422.62 como salario mensual básico y US\$ 107.91 como sobrerremuneración fija (Fl. 244, cuaderno Nº 2), de acuerdo con el pliego le hubiera correspondido un aumento de US\$ 126.78 y US\$ 32.37, para la sobrerremuneración fija o sea en total US\$ 159.15, pero de acuerdo con el sistema del laudo sus aumentos son por una parte sobre el salario fijo, US\$ 63.39 y por otra respecto a la sobrerremuneración fija, US\$ 32.37 o sea en total US\$ 95.76.

Es esta la interpretación de la cláusula del laudo sobre aumento de salario y de sobrerremuneración mensual fija y por tanto, por este aspecto no violaron los árbitros el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo.

En cuanto al argumento principal del recurrente, que en verdad se limita a cen-

surar el aumento del 30% de las sobrerremuneraciones fijas de capitanes, jefes ingenieros, contadores y enfermeros, es inaceptable ya que lo que trató de mejorar el Tribunal fue una disposición de convención colectiva vigente, lo cual es posible y precisamente es el objeto de los contratos colectivos o de la sentencia arbitral que tiene sus mismos efectos.

Sobre el particular y refiriéndose al artículo 456 del Código Sustantivo del Trabajo, dijo la Sala:

"De aplicarse esta disposición literalmente, resultaría el absurdo de que un laudo arbitral no podría modificar ni las convenciones colectivas ni los contratos individuales celebrados con anterioridad a su pronunciamiento, pues cualquier modificación afectaría necesariamente "normas convencionales vigentes". Pero como tal interpretación pugna abiertamente con la naturaleza del conflicto colectivo de intereses (que versa, por esencia sobre la modificación de las condiciones de trabajo preexistentes) cuya solución es el objeto del arbitraje obligatorio y, con otras disposiciones del mismo Código, como el artículo 461 que le da al fallo "el carácter de convención colectiva" y el 467 que instituye la convención colectiva precisamente "para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia", es inaceptable en cuanto a los derechos meramente convencionales..." (Cas. Nov. 10/64, Diario Jurídico Nº 734/35. Pág. 106).

En cambio, encuentra la Corte que en el pliego de peticiones el Sindicato no pidió para los enfermeros aumento del 30% en relación con la sobrerremuneración fija mensual que devengan.

Respecto a este grupo de trabajadores solicitó "Unimar":

"El trabajo extraordinario dominical o festivo de los enfermeros será remunerado por la empresa en la misma forma que los demás tripulantes que no tienen funciones de manejo".

El tribunal de arbitramento cambió pues la petición de Unimar y excedió así sus facultades al decretar para los enfermeros el aumento del 30% en relación con la sobrerremuneración fija mensual de los mismos, por lo cual en esta parte se declarará nula la decisión arbitral y se homologará, con el alcance expresado, el ordenamiento pri-

mero del laudo acusado sobre aumento general de salarios y de la dicha sobrerremuneración para capitanes, jefes ingenieros y contadores.

Cuarto cargo

Primas semestrales de servicio

Después de transcribir el punto 2º del pliego y lo que sobre él resolvió el Tribunal de arbitramento, manifiesta el recurrente que la prima de servicios de que tratan los artículos 305 a 308 del Código Sustantivo del Trabajo, es una prestación social, que sustituyó la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas y la prima de beneficio (Decretos 2477 de 1948 y 3871 de 1949).

Expresa en seguida que de conformidad con el artículo 307 citado "la prima anual no es salario, ni se computará como factor del salario en ningún caso". Dice que esta disposición tiene su antecedente histórico en el artículo 30 del Decreto 2474 de 1948 cuyo texto transcribe:

Es de observar, continúa, que la Flota en el mes de abril de 1951, con posterioridad a la fecha en que entró en vigencia el Código Sustantivo del Trabajo, decidió, de modo espontáneo, respecto de los trabajadores de tierra, elevar al doble la prima de servicios de que trata el artículo 306 de dicho estatuto, o sea dispuso pagar una mensualidad de salario en junio y otra en diciembre, sin condicionar ni proporcionar ese pago a la calidad o a la intensidad de trabajo. Posteriormente, el laudo arbitral que se profirió el 5 de julio de 1964, y que la empresa consintió, aumentó en quince días de salario la prima del segundo semestre, para los mismos trabajadores.

Sigue diciendo el impugnador que desde luego, el propósito de la empresa como el de los laudos de 1964 y 1971, fue el de conceder un incremento de la prestación social "prima de servicios" creada y regulada por la ley, pero en manera alguna el de instituir una prima extralegal ni menos un factor complementario del salario.

De consiguiente, manifiesta, la expresión "con todos los efectos legales" que utiliza el laudo, carece de sentido, si su alcance es el de que se tome la prima de servicios como parte integrante del salario, y, por

ende, como factor para el cómputo de prestaciones sociales.

A continuación expresa que como la llamada "prima de servicios" está regulada por la ley y sus incrementos provienen de acuerdos y convenciones colectivas, los árbitros excedieron sus facultades al decidir la petición sindical en forma que vulnera los derechos de la empresa, violando de este modo el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo.

Conviene añadir, dice el recurrente para terminar el cargo, que no es equiparable la situación de los trabajadores de tierra y los de mar, si se tiene en cuenta la distinta naturaleza de sus funciones, la diferencia de las monedas en que se hacen los pagos en cada uno de los dos sectores, el lugar en que se presta el servicio y en que se vive, etc., por lo cual carece de validez el argumento del Tribunal consistente en que deben igualarse las condiciones y otros.

Respecto a este ataque expresa el opositor que la Flota ha tenido la política de discriminar entre trabajadores de tierra y de mar y entre tripulantes de buques de bandera colombiana y de bandera extranjera de la misma empresa y pone de presente que lo que hizo el Tribunal fue corregir esa aberrante diferenciación y aplicar el principio del Código de igualdad de salario por condiciones similares de trabajo.

Expresa además para terminar la réplica que "al usar el Tribunal la locución "con todas las consecuencias legales", no está cambiando el significado jurídico de las primas, ni les está otorgando derechos extra-legales a los trabajadores. Tampoco les está quitando ninguno. Está diciendo simplemente que el aumento se sujeta a lo dispuesto por la ley en sus consecuencias, y por ello no se puede pretender que el punto sea susceptible de anulación".

En forma adicional y en otro escrito vuelve el opositor a referirse a este cargo y luego de precisar cómo a los trabajadores de tierra se les está pagando como "prima de servicio", dos mensualidades de salario en junio y otras dos en diciembre, manifiesta que el laudo "recurrido, acogiendo la solicitud contenida en el pliego de peticiones —y sin excederse— igualó el valor de las primas semestrales de éstos a las de los trabajadores de tierra (a trabajo igual, salario igual) y también con el valor de

las primas de los trabajadores marinos ecuatorianos de la misma empresa, los cuales reciben por este mismo concepto, cuatro mensualidades salariales durante el año, lo mismo que los trabajadores de tierra".

Se considera

La Unión de Marinos Mercantes de Colombia "Unimar" solicitó en el punto segundo del pliego de peticiones:

"La empresa reajustará en un ciento por ciento las primas de servicio correspondientes a los meses de junio y diciembre de cada año a los trabajadores de sus unidades marítimas y en un cinco por ciento (5%) la prima de antigüedad".

Parágrafo. Las condiciones salariales y prestacionales de los trabajadores de unidades marítimas de bandera colombiana incluyendo jornada de trabajo, en ningún caso serán inferiores a las de los trabajadores de las demás unidades marítimas de bandera extranjera de la empresa. Cuando las condiciones salariales y prestacionales incluyendo jornada de trabajo a bordo de esta última fueren mejoradas, automáticamente lo serán también en la misma forma y proporción, las condiciones salariales, prestacionales y laborales de los trabajadores de las unidades marítimas de bandera colombiana de la empresa".

El Tribunal decidió este punto, así:

"2º Primas semestrales de servicio:

La Flota Mercante Grancolombiana S. A., aumentará en un ciento por ciento (100%), con todos los efectos legales, a partir del tres (3) de julio de 1972, las primas de servicio, correspondientes a los meses de junio y diciembre de cada año a todos los trabajadores de sus unidades marítimas afiliados a la Unión de Marinos Mercantes de Colombia "Unimar" o sea, pagando un total de dos mensualidades salariales el treinta (30) de junio y dos (2) mensualidades salariales el veinte (20) de diciembre de cada año, liquidadas de acuerdo con el mismo sistema que para el efecto se ha venido empleando para los trabajadores de a bordo:

"El parágrafo único de este punto se decide negativamente".

La decisión del Tribunal sobre el punto 2º del pliego de peticiones, implica por una parte que concretamente negó lo pedido en

el parágrafo del artículo e implícitamente no accedió a decretar el aumento de la prima de antigüedad.

Esta conclusión tiene su fundamento en lo resuelto por los árbitros, quienes después de acordar por unanimidad lo referente al aumento de salarios cuando estudiaron el punto segundo, convinieron la solución del mismo accediendo al aumento de las primas de servicio, pero dijeron:

"Se niega el parágrafo único de este punto lo mismo que los puntos aplazados que indiquen incrementos salariales a excepción de los viáticos" (Acta N° 30, Fl. 231, cuaderno N° 1).

Aclarado lo anterior, pasa la Corte a referirse a la decisión del laudo sobre aumento de la prima de servicios solicitado por Unimar en el punto segundo del pliego de peticiones.

El argumento del recurrente para llegar a la conclusión de que no es posible que una sentencia arbitral pueda aumentar esta prestación, consiste en que la cuantía de las primas de servicio está regulada por la ley, que sus incrementos sólo pueden provenir de acuerdos entre las partes o de convenciones colectivas y que carece de sentido la frase empleada en el laudo: "con todos sus efectos legales", si su alcance es el de que se considere la prima de servicios como parte del salario y por ende, como factor para el cómputo de prestaciones sociales.

Ocurre sin embargo, que la Flota Mercante Grancolombiana S. A. en la Cartilla Informativa que llevó al juicio arbitral para conocimiento del Tribunal, en el Capítulo IV, fijó su posición frente a esta petición, para que fuera negada diciendo:

"Porque Grancolombiana está pagando en la actualidad como prima de servicios a su personal de mar más de dos sueldos al año, así: en junio, la sexta parte de todos los valores devengados incluyendo la partida de alimentación, durante el primer semestre; y en diciembre la sexta parte de los mismos valores devengados durante el segundo semestre. Esto significa que en la materia, la empresa otorga un sueldo total integrado más allá de la ley o, lo que es lo mismo, ha aumentado esta prestación en más del 100%".

"Dicho de otra manera, por concepto de prima de servicios los trabajadores de mar reciben el 16.66% de todos los valores devengados por concepto de sueldo básico, prima de antigüedad, horas extras, trabajo dominical, trabajo de ayuda operacional y mantenimiento y alimentación"

"....."

También la Flota Mercante Grancolombiana S. A., en otra parte de su "Cartilla Informativa", allegada a los autos (Fl. 474 del Cuaderno número 2), había manifestado y precisado, en qué consistía la "prima de servicios" y la forma como ella era computada cada semestre, es decir, el sistema que utilizaba para liquidarla.

Además analizó en este punto lo relativo a la prima de antigüedad, cuyo aumento no fue decretado en el laudo, y sus incidencias respecto a la prestación en examen.

La prima de servicios de un mes por semestre ya estaba reconocida antes del laudo de 1971 y en el pliego que dio lugar a que aquél se profririera lo que se negó fue el establecimiento de una "prima de Navidad" de un mes de salario (petición decimocuarta, Fl. 135, Cdno. N° 2).

Obviamente entonces la prima de servicios que reconoce la Flota a sus trabajadores de mar era mayor a la establecida por el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

Siendo esto así, el tribunal de arbitramento que decidió el presente conflicto colectivo, no excedió sus facultades al aumentar, de acuerdo con lo pedido, la prima de servicios, ya que simplemente lo que hizo fue mejorar las condiciones de trabajo de los servidores de mar de la Flota.

Al aumentar esta prestación no cambió el carácter jurídico de aquélla, como lo sostiene el opositor, es decir, que el aumento así ordenado no es salario ni se computa en ningún caso como factor del mismo y sólo adquieren derecho al incremento en cuanto a su pago en junio y en diciembre aquellos trabajadores de mar que "hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre o proporcionalmente al tiempo trabajado siempre, que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo y no hubieren sido despedidos por jus-

ta causa", que son los efectos que establece la ley.

En este entendimiento y teniendo en cuenta que el ordenamiento del laudo no viola derechos de la Flota, reconocidos por la Constitución, la ley o la convención colectiva vigente, se homologará aquél.

Quinto cargo

Compensación por la suspensión de franquicia. El recurrente transcribe la cláusula 6ª de la parte resolutive del fallo y manifiesta que esta disposición tiende sin duda a proteger el derecho que tienen los marinos al goce de su franquicia. Pero aparte de que la medida es exorbitante, puesto que si no se efectúa el trabajo para el cual ha sido citado el trabajador, éste puede reanudar su franquicia, con sólo la pérdida del tiempo invertido en ir al barco y regresar de él, no se ve razón alguna para que se compense la suspensión de ella mediante el pago del salario con recargos establecidos por la ley únicamente para el trabajo efectivo extradiurno o extranocurno, esto es, subsiguiente a la jornada máxima legal. Agrega que la ficción un tanto osada de que el trabajador ha estado prestando servicios y no entregado al descanso, apenas podría servir de base para cubrir un salario corriente a título de compensación pero no el propio de la labor suplementaria o extra contemplada por el artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo.

Termina el cargo el acusador manifestando que la cláusula acusada viola los artículos 5º, 7º, 127, 140 y 168 del Código Sustantivo del Trabajo y que por tanto debe declararse inexecutable.

En relación con el cargo anterior, manifiesta el apoderado de Unimar que la posición de la empresa acusa un espíritu poco comprensivo de la forma como el trabajador, como ser humano debe ser tratado.

Expresa que un marino lleva meses y años embarcado, lejos de su familia, y que al llegar a puerto necesita más que ningún otro asalariado del descanso al lado de los suyos, es decir disfrutar a plenitud de su franquicia, que si le es interrumpida conlleva la obligación de tener que esperar a que se le asigne la tarea para que fue llamado, "pero que si el trabajo no se ejecuta porque no lo dispuso así el patrono o ar-

mador, es injusto que el trabajador pierda ese tiempo que ha podido dedicar a estar con su familia y que no está el patrono obligado a remunerar ese tiempo de disponibilidad, causándole un perjuicio en tiempo y en dinero gastado en la movilización de la ciudad al muelle y viceversa. No remunerar ese tiempo —continúa—, que disfruta el trabajador como un derecho, es tolerar los abusos que se vienen cometiendo y además violar la ley que dispone que el tiempo en que el trabajador está a disposición del empleador debe ser remunerado, ya que el trabajador está cumpliendo con su obligación.

Se considera

El impugnador al sustentar este ataque no acepta que el Tribunal haya dispuesto que en caso de suspensión de la franquicia de un marino, si el trabajo para que se le llamó no se ejecuta, la Flota tenga que pagar como compensación, el valor de una hora extra, que puede ser diurna y nocturna según el caso, pues dice que lo que se está ordenando es pagar salario con recargo que sólo es lícito cuando terminada la jornada ordinaria el trabajador sigue laborando.

El Sindicato pidió en el pliego:

"Jornada de trabajo

"8º La jornada laboral a bordo de las unidades marítimas de la empresa, será de cuarenta (40) horas semanales. No se ordenará trabajar más de cuatro (4) horas diarias y veinte (20) semanales de trabajo extraordinario, salvo si por necesidades del servicio fuera necesario sobrepasar estos límites, casos en los cuales la remuneración de este tiempo tendrá un ciento por ciento (100%) de recargos legales".

"Parágrafo I. Cualquier hora laborada a continuación de una (1) hora nocturna, será remunerada con el mismo valor de la hora extra nocturna".

"Parágrafo II. Si el intervalo entre la finalización de una labor y la iniciación de otra es menor de dos (2) horas navegando y tres (3) horas de puerto, el tiempo de ese intervalo será remunerado como suplementario".

"Parágrafo III. Si no se efectuare un trabajo para el cual hubiere sido citado el trabajador, éste recibirá por el hecho de

haberse presentado a trabajar, el valor de una hora extraordinaria como compensación por la suspensión de su franquicia”.

El tribunal de arbitramento en el laudo, negó tanto el artículo como sus dos primeros parágrafos y decidió sobre el tercero:

“Si no se efectuare el trabajo para el cual hubiere sido citado el trabajador éste recibirá por el hecho de haberse presentado a trabajar el valor de una (1) hora extra-diurna o nocturna, según el caso, como compensación por la interrupción de su franquicia”.

Para el impugnador la decisión arbitral ordenó pago de una hora extra en el caso de suspensión de la franquicia, pese a que no ha habido trabajo que justifique el suplemento extraordinario.

Pero esto no fue en verdad lo que el laudo dispuso:

Se decidió que como compensación de la suspensión de la franquicia pagará la empresa al trabajador el valor de una hora extradiurna o nocturna según el caso. Es decir, fijó el Tribunal la medida de esa compensación, que bien hubiera podido ser otra de la decretada.

No encuentra la Corte entonces, cómo se han podido violar derechos de la Flota, reconocidos por la Constitución, la ley o la convención colectiva vigente, con la decisión del Tribunal respecto al parágrafo III del punto 8º del pliego de peticiones, que no consagró pago de trabajo extraordinario.

El cargo en consecuencia no prospera y se homologará la correspondiente decisión del laudo.

Sexto cargo

Trabajo nocturno

El impugnador transcribe la petición 10 del pliego y la decisión del Tribunal de arbitramento sobre la misma y manifiesta que poniendo albarda sobre albarda aquél dispone que quien ejecute trabajo extranoturno, además de la retribución con los recargos previstos en la ley, disfrutará al día siguiente de un descanso compensatorio remunerado con el salario corriente, durante un lapso igual al tiempo nocturno laborado, lo que traerá como consecuencia disminuir o aun eliminar para el trabajador respectivo la jornada legal del día siguiente,

la cual sin embargo también deberá remunerarse, aunque no se preste servicio. Mas si el descanso no se puede conceder al día siguiente, se irá acumulando para compensarlo, presumiblemente, por tratarse de viajes marítimos, a la terminación de éstos, con la circunstancia de que habrá de concederse el descanso acumulado y la remuneración también acumulada a razón de un día por cada ocho horas extraordinarias nocturnas trabajadas. O sea, agrega, que por extraña paradoja, a menor trabajo efectivo y real corresponde mayor remuneración.

Termina el ataque el recurrente manifestando que la cláusula indicada viola los artículos 161, 168 y 184 del Código Sustantivo del Trabajo y en general el régimen estatuido por la ley en materia de descansos y retribución del trabajo extra o suplementario, por lo cual debe declararse inexecutable.

Para el opositor lo decidido por el Tribunal es válido por cuanto aquél no se excedió en sus facultades.

Se considera

La Unión de Marineros Mercantes de Colombia “Unimar”, solicitó en el punto décimo del pliego:

“Trabajo nocturno

“10. El trabajo nocturno por el solo hecho de ser nocturno será remunerado por la empresa a los trabajadores, con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre el valor del trabajo diurno”.

“Parágrafo I. Cuando el trabajador haya laborado cuatro horas o más extraordinariamente, recibirá al día siguiente un descanso compensatorio remunerado, igual al tiempo extraordinario laborado, sin perjuicio de la remuneración ordinaria ni de la estipulada para el trabajo nocturno por el solo hecho de ser nocturno. Si por necesidades del servicio esta franquicia no fuere posible será acumulativa teniendo en cuenta que cada ocho horas configuran un día de descanso que debe ser compensado”.

Parágrafo II. Cena durante el trabajo nocturno.

La empresa suministrará una cena a los trabajadores que tuvieran que laborar ordinaria o extraordinariamente en horas nocturnas”.

Sobre esta solicitud del pliego el Tribunal en el laudo se pronunció así:

"10. Trabajo nocturno"

"El trabajo nocturno por el solo hecho de ser nocturno, será remunerado por la empresa a los trabajadores con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre el valor del trabajo diurno".

Parágrafo. Si en un día el trabajador labora durante la noche cuatro (4) o más horas extraordinarias (las que le serán remuneradas conforme a la ley), recibirá al día siguiente un descanso compensatorio remunerado con su salario corriente, durante un lapso igual al lapso extraordinario nocturno laborado. Si este descanso no se puede conceder, le será acumulado, al trabajador para posteriormente compensárselo, teniendo en cuenta que cada ocho (8) horas extraordinarias nocturnas constituyen un día de descanso".

"La petición a que se refiere el parágrafo II se decide negativamente".

Frente a lo pedido y a lo otorgado encuentra la Corte lo siguiente:

El Título VI del Código Sustantivo del Trabajo, compuesto de cuatro capítulos, reglamenta todo lo relacionado con la "jornada de trabajo", y en ninguna de sus disposiciones establece que por trabajar extraordinariamente en horas nocturnas, tenga el asalariado derecho a que el patrono le otorgue descanso compensatorio. La compensación por ese trabajo extraordinario está establecida en el Capítulo III del Título citado a través de "tasas y liquidación de recargos", tal como lo prevé el artículo 168.

Tampoco el Título VII del Código Sustantivo del Trabajo contempla el caso de descansos remunerados por trabajo extraordinario nocturno, sino que ordena y reglamenta aquéllos en cuanto se refieren al descanso dominical y en otros días de fiesta (Arts. 172 y 177) y al que debe darse cuando se trabaja en tales días (Arts. 180, 181, 182 y 183).

El tribunal de arbitramento creó pues una norma en oposición a las disposiciones legales a que se ha hecho referencia y por tanto violó derechos reconocidos por la ley a la Flota Mercante Grancolombiana, la que no está obligada a dar los descansos remunerados que decretó el laudo, por trabajo en horas extraordinarias nocturnas.

Se declarará por consiguiente nulo el parágrafo del punto 10 del laudo que es el atacado por el recurrente y se homologará lo referente al pago de recargo por trabajo nocturno de la parte primera del ordenamiento décimo.

Séptimo cargo

Trabajos especiales de ayuda operacional. Dice el impugnador que si bien el Tribunal resolvió negativamente la mayor parte de las peticiones contenidas en el punto 12 del pliego sindical, ordenó lo siguiente:

"Los trabajos especiales y de ayuda operacional de que trata el laudo arbitral de 1971, continuarán pagándose por la empresa en la forma establecida en dicho estatuto a los trabajadores que los efectuaren, aunque tales trabajos fueren ejecutados dentro del horario legal u ordinario".

Manifiesta a continuación el recurrente que es obvio que tratándose de salario pactado por unidad de tiempo, esto es, con relación a la jornada de trabajo, puede el patrono impartir al trabajador órdenes o instrucciones dentro del horario correspondiente, sin que esté obligado a pagarle una remuneración adicional por la ejecución de labores inherentes a la actividad de la empresa y a la naturaleza de las funciones del operario, puesto que dicha remuneración carecería de causa.

Termina expresando que la cláusula acusada viola los artículos 22, 23 y 161 del Código Sustantivo del Trabajo y el 1524 del Código Civil, por lo cual deberá declararse inexecutable.

Para replicar los argumentos del recurrente, el opositor expresa que los laudos que regulan las relaciones entre la Flota y sus marinos han consagrado, que cuando esos trabajos especiales o de ayuda operacional son ejecutados por personal de a bordo, se pagarán también en forma especial. Se remite a las convenciones anteriores y al laudo de 1971 y agrega que como esos trabajos no corresponden a las labores ordinarias, inherentes a las funciones del trabajador, no deben realizarse dentro de la jornada y por ello se ha pactado un pago especial, diferente al salario.

Termina la réplica diciendo:

"La empresa busca que los marinos lleven a cabo esos trabajos especiales o de ayuda

operacional, porque le cuesta mucho menos que lo que paga a las cuadrillas en los puertos. Pero como no son trabajos que el marino debe ejecutar, la empresa no puede exigirle que los haga sin una remuneración especial, que repito, es muy inferior a la que tendría que pagar a las gentes de tierra. Por ello la empresa pactó con sus trabajadores un tipo especial de remuneración especial por dichos trabajos especiales, que posteriormente el laudo de 1971 acogió".

"El Tribunal al decidir este punto se limitó a lo pactado en la convención de 1971".

Se considera

El Sindicato solicitó en el punto 12 del pliego de peticiones:

"Trabajos especiales y de ayuda operacional".

"12. Los trabajos especiales y de ayuda operacional, en ningún caso afectarán la franquicia de los tripulantes en puertos colombianos y la remuneración de ellos establecida en el laudo arbitral de 1971 se pagará a quienes los ejecutaren aun cuando se efectuaren dentro del horario legal u ordinario de trabajo".

"Son trabajos especiales además de los estipulados en el laudo arbitral de 1971, los siguientes:

"a) Cuando la destapada y tapada de bodegas tenga que ejecutarse por el sistema manual en cualquier unidad, se pagará, inclusive a los timoneles, como trabajo operacional;

"b) La movilización de provisiones del muelle a cualquier lugar del buque y viceversa por cualquiera de los miembros de la tripulación;

"c) Las labores de limpieza de los stores y frigoríficos".

"Parágrafo I. Cuando viaje a bordo de las unidades de la empresa, personal distinto de la tripulación o dotación regular de la nave, con excepción de los trabajadores o familiares de los trabajadores que viajen como pasajeros acogiéndose a beneficios de convenciones vigentes, al mayor-domo, los cocineros, ayudantes de cocina y camareros, se les reconocerá el valor correspondiente a cuatro (4) horas extraordinarias del día".

"Trabajos especiales y de ayuda operacional.

"Parágrafo II. La movilización de equipajes, lo mismo que de paquetes que no forman parte de las provisiones para el consumo del buque en ningún caso será ejecutada por personal de a bordo".

La sentencia resolvió este punto así:

"Los trabajos especiales y de ayuda operacional de que trata el laudo arbitral de 1971, continuarán pagándose por la empresa en la forma establecida en dicho estatuto a los trabajadores que los efectuaren aunque tales trabajos fueren ejecutados dentro del horario legal u ordinario".

La decisión de los árbitros accedió pues en forma parcial a lo pedido en el inciso primero del punto 12 y negó el resto de las peticiones.

La Corte observa que en el laudo arbitral de 1971, acompañado en copia auténtica (Fls. 46 a 59, Cuaderno N° 1), lo que se concedió a los trabajadores fue un aumento en sus remuneraciones o reconocimiento de una especial excluyendo el trabajo consistente en la "manipulación de ropa limpia o sucia o colocación de ésta en sus respectivos sitios".

En esta decisión, el Tribunal lo que hizo fue conservar las regulaciones correspondientes del laudo de 1971. Al hacerlo así ni excedió lo pedido ni contrarió derecho alguno de la Flota. En cuanto a que el patrono tenga facultad de impartir órdenes e instrucciones será así si trata de las funciones para que el trabajador fue contratado, pero el asunto no es discutible ahora respecto de una situación definida por un laudo anterior.

El punto en consecuencia se homologará.

Octavo cargo

Salario por trabajo ajeno

El impugnador transcribe la petición 14 del pliego de peticiones y la decisión del tribunal de arbitramento sobre ella.

En seguida manifiesta que el Tribunal se excedió en el ejercicio de sus facultades al disponer que "toda fracción de hora se pagará como una hora completa", pues esto no fue pedido por el Sindicato.

Dice también que en la ley tampoco tiene asidero tal disposición ni podía tenerlo, pues no se concibe que el salario, contraprestación del trabajo, retribuya una actividad

que no se presta sino parcialmente durante la unidad de tiempo respectiva.

Termina pidiendo que esa parte de la cláusula se declare inexecutable "de conformidad con el artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral".

El opositor sostiene que no existe violación de la ley en lo resuelto en el laudo y pide se homologue la cláusula respectiva.

Se considera

En el punto 14 del pliego de peticiones se solicitó:

"Salario por trabajo ajeno

"14. Cuando un trabajador tuviere que desempeñar las funciones de otro, devengará la siguiente remuneración:

"a) Cuando se trate de un cargo superior, devengará adicionalmente un salario cuyo valor será igual al del trabajador reemplazado más el porcentaje correspondiente al tiempo extraordinario. Esta disposición cobijará a los aprendices;

"b) Cuando se trate de un cargo inferior, el trabajador reemplazante devengará adicionalmente una remuneración igual a la de su salario, más los recargos legales correspondientes al tiempo extraordinario;

"c) Cuando faltare uno o varios trabajadores la empresa pagará a los demás trabajadores de la misma especialidad, el salario del trabajador o trabajadores faltantes".

Decidió así el Tribunal este punto:

"14. Salario por trabajo ajeno

"Cuando un trabajador tuviere que reemplazar a otro fuera de su propia jornada de trabajo, la empresa le pagará esta labor como trabajo extraordinario liquidado sobre el valor del salario del trabajador que hubiere sido reemplazado, salvo que éste sea de una categoría inferior, en cuyo caso la liquidación de tales horas extras se hará tomando como base el salario del reemplazante. Toda fracción de hora se pagará como una hora completa. La vigencia de esta norma comenzará a partir del día siguiente a la fecha de notificación del presente laudo.

"Sobre el literal c) de este punto del pliego la Flota seguirá cumpliendo en lo pertinente lo establecido en las cláusulas deci-

mosexta del laudo arbitral de 1964 y octava del laudo arbitral de 1971, las cuales se consideraran incorporadas al presente estatuto, en todo aquello que no se oponga a lo dispuesto en esta cláusula".

El recurrente sólo censura respecto a la decisión del Tribunal que éste, en la cláusula copiada haya establecido que "toda fracción de hora se pagará como una hora completa".

Y, tiene razón el impugnador, pues tal cosa ni siquiera fue solicitada por el Sindicato, luego los árbitros se excedieron en sus facultades con violación del artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo y por tanto, la parte del punto 14 atacado se declarará nula.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla

Primero. Son inexecutable los siguientes ordenamientos del laudo arbitral de fecha veintiocho (28) de marzo de 1973, que decidió el conflicto colectivo de trabajo entre la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y la Unión de Marinos Mercantes de Colombia "Unimar":

a) El párrafo de la decisión primera en cuanto dispuso un aumento del 30% respecto a la sobrerremuneración mensual fija de los enfermeros;

b) El párrafo de la decisión décima, sobre descanso compensatorio por trabajo nocturno, y

c) La frase del punto 14 de la sentencia arbitral, sobre salario por trabajo ajeno, en cuanto dispuso que "toda fracción de hora se pagará como una hora completa".

Segundo. Homologáanse los ordenamientos primero y segundo del mismo laudo sobre aumento de salario y de la sobrerremuneración fija mensual de los capitanes, jefes ingenieros y contadores en cuanto reajustó en un 100% la prima de servicios, en el entendimiento que respecto a tales puntos se dio en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. En lo demás, homologase el laudo arbitral de la fecha y procedencia conocidas.

Cuarto. En el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se depositará con el respectivo fallo arbitral, una copia de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

*Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón,
Alejandro Córdoba Medina.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION

La Corte, por providencia de 17 de agosto de 1973, no admite el recurso de casación interpuesto contra el fallo inhibitorio que dictó, el 23 de junio de 1973, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el ordinario de trabajo promovido por Luis Alvaro Navarrete Forero contra la Caja de Compensación Familiar "Zona Industrial" (Indufamiliar).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., diez y siete de agosto de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

El presente negocio se halla para resolver sobre la admisibilidad del recurso extraordinario interpuesto por el apoderado de Luis Alvaro Navarrete Forero contra la sentencia que dictó, el 23 de junio de 1973, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el ordinario de trabajo seguido por el recurrente contra la Caja de Compensación Familiar —Zona Industrial— (Indufamiliar) y que el ad quem concedió en auto de 13 de julio de 1973.

En la litis el demandante impetró "las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Que es ilegal el despido de que fue objeto el señor Luis Alvaro Navarrete Forero el día 19 de septiembre del corriente año por parte de la entidad demandada como administrador de la 'Droguería Indufamiliar' de esta ciudad, por carencia de causa justificada y por tratarse de un despido colectivo sin permiso del Ministerio del Trabajo.

"Segunda. Que la parte demandada sea condenada a pagar a mi poderdante: a) Los salarios, vacaciones, primas y demás prestaciones causadas; como cesantía, etc.; b) La indemnización de que trata el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, y c) Los salarios caídos o sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo desde el despido hasta cuando

se verifique el pago de lo adeudado por prestaciones e indemnizaciones.

"Tercera. Que la empresa demandada está obligada a restituir a mi mandante en el cargo que desempeñaba y a pagarle el salario a partir de la fecha del despido hasta el reintegro.

"Cuarta. Que la parte demandada sea condenada en las costas".

La demandada se opuso a todas las peticiones anteriores y formuló las excepciones de compensación, pago, cobro de lo no debido, falta de causa y de título en el demandante, falta de obligación y cualquiera otra que se demostrara en el juicio.

En sentencia de 6 de marzo de 1973, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, apreció la existencia del contrato laboral con sus extremos de duración y remuneración; que el despido que efectuó la demandada estuvo ajustado a derecho, por lo que se la absolvería de la indemnización correspondiente; sin derecho el demandante a reintegro por cuanto según el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 éste sólo procede cuando el trabajador tiene más de diez años de servicios; estimables las pretensiones por vacaciones, primas de servicio e indemnización moratoria, así como la excepción de compensación y no acreditadas las demás de pago, cobro de lo no debido, falta de causa y título en el demandante y falta de obligación en la demandada, por lo que resolvió:

"Primero. Condenar a la entidad denominada Caja de Compensación Familiar, Zona Industrial 'Indufamiliar', legalmen-

te representada por su Gerente Euclides Londoño, o quien haga sus veces, a pagar al señor Luis Alvaro Navarrete Forero de las condiciones civiles anotadas en autos, las siguientes cantidades:

"a) Novecientos pesos (\$ 900.00) moneda corriente, por concepto de vacaciones;

"b) Un mil quinientos setenta y cinco pesos (\$ 1.575.00) moneda corriente, por concepto de primas de servicio;

"c) Treinta pesos (\$ 30.00) moneda corriente diarios, a partir del día veinte (20) de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), y hasta cuando se paguen al actor sus acreencias laborales.

"Segundo. Declarar legalmente probada la excepción de compensación propuesta por la parte demandada, hasta por la cantidad de un mil seiscientos cuarenta y siete pesos con noventa y cinco centavos (\$ 1.647.95) moneda corriente, suma ésta que se deducirá del monto total de las condenas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"Tercero. Declarar no probadas las demás excepciones propuestas por la demandada, como perentorias o de fondo, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"Cuarto. Condenar en costas a la demandada en un ochenta por ciento (80%). Tásense".

Apeló el apoderado de la demandada y el Tribunal mencionado de Bogotá con las consideraciones de que las peticiones del libelo inicial sobre indemnización por despido injusto y reintegro con pago de los salarios dejados de percibir, parten de supuestos excluyentes y ambas son principales, las calificó indebidamente acumuladas y revocó la providencia del juzgado declarándose, en su lugar, inhibido "para pronunciarse sobre las pretensiones formuladas".

El apoderado de Navarrete solicitó aclaración de la sentencia, "en el sentido de que la acción no está extinguida" y separadamente interpuso el recurso de casación. El ad quem denegó aquella solicitud, por no encontrar en su proveído el motivo de duda que la determinara, mas no encontró obstáculo, en su carácter inhibitorio, para conceder el remedio formulado, por lo que lo concedió en el artículo que ya se indicó, invocado para esta determinación, crite-

rio que encontró aplicable tomado de la sentencia de esta Sala, Sección Segunda, fechada el 19 de febrero de 1973, en el ordinario de María Lizcano de Illidge contra Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena y Hospital San Juan de Dios de Santa Marta.

Para resolver, se considera

El recurso de casación laboral procede, según el artículo 59 del Decreto-ley 528 de 1964, vigente para el asunto en examen, contra las sentencias pronunciadas en segunda instancia en juicios ordinarios por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial —como el fallador de autos— de cuantía, en su interés, de \$ 50.000.00, como la tiene el de la parte que lo interpuso (Art. 15. Lev 16 de 1968).

Conforme al artículo 302-2 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al efecto, "son sentencias las que deciden sobre las pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas..."

La providencia que se califica del Tribunal de Bogotá, aunque revocó la sentencia de primer grado, no decidió ninguna de las pretensiones de la demanda, ni excepción alguna sobre el fondo de las acciones. Así anarece tanto del contenido del acto del ad quem como de sus expresiones acerca de que se inhibía de pronunciarse sobre las pretensiones formuladas y de que ello obedecía a su indebida acumulación, hecho que la legislación procesal contempla como excepción previa. En otras palabras, el fallador no resolvió las peticiones del demandante, revocando, además, lo dispuesto por el a quo, con todo lo cual no existe pronunciamiento de mérito, están sin definir las pretensiones, por aquel defecto procesal. El fallo recurrido es claramente inhibitorio, no resuelve la controversia y no es susceptible del remedio de casación.

Mas el Tribunal entendió lo contrario, en razón de la sentencia que citó de la Corte. Sin embargo, ésta contempló asunto muy diferente, pues ante fallo que resolvió un litigio respecto de uno de los demandados y se inhibió en relación con el otro por falta de agotamiento de la vía gubernativa estimó procedente el recurso, como en verdad lo era debido a aquel pronunciamiento de fondo y no admitió una limitación que

señaló el ad quem en ese caso, por las modalidades de éste y para no parcelar el recurso y porque realmente al fallador de instancia no le correspondía establecer esa limitación; pero aquí se trata de providencia totalmente inhibitoria que deja sin definición de instancia las pretensiones de la litis y no puede la Corte conocer de ellas en casación ni admitir siquiera un recurso que sólo procede respecto de pronunciamientos de fondo. Así habrá de resolverse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral no admite el recurso de casación interpuesto contra el fallo inhibitorio que dictó, el

23 de junio de 1973, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el ordinario de trabajo promovido por Luis Alvaro Navarrete Forero contra la Caja de Compensación Familiar —Zona Industrial— (Indufamiliar).

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



HONORARIOS DE LOS LIQUIDADORES

El recurrente presenta como recaudos las daciones en pago, concepto que no puede admitirse para los efectos pretendidos, y que los honorarios legales de los liquidadores no pueden estimarse en sí mismos como salario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., agosto diez y siete de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado sustanciador: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Jorge Niño Niño, identificado con la cédula de ciudadanía número 137.155, expedida en Bogotá, vecino de la misma ciudad, demandó por medio de apoderado al Fondo de Empleados del Banco Cafetero, en liquidación, representado por el señor Ariel Jaramillo Jaramillo, mayor de edad y vecino de Bogotá, para que se declarase que el actor fue trabajador de la demandada, en su carácter de liquidador, desde el 1º de mayo de 1968 hasta el 25 de abril de 1969; y que por ello tiene derecho a honorarios y prestaciones sociales; y para que se condenase el Fondo a pagarle \$ 576.217.35 como honorarios, \$ 48.017.68 como cesantía, \$ 1.600.58 cada día, desde el 20 de abril de 1969 hasta que se produzca el pago de los salarios y prestaciones, como indemnización por mora, y las costas del juicio.

En la demanda se afirmaron los siguientes

Hechos

El Fondo de Empleados del Banco Cafetero tiene personería jurídica reconocida por Resolución número 420 de 21 de febrero de 1955, emanada del Ministerio de Justicia; con base en el numeral 5º del artículo 40 de los Estatutos del Fondo, la Asamblea General de Socios delegó en la Junta Directiva facultad para decretar la liquidación de dicho Fondo; la Junta Directiva decretó la

disolución del Fondo y nombró liquidador al señor Jorge Niño Niño; estos hechos constan en actas de 29 de marzo y 15 de abril de 1968; al liquidador se le fijaron pautas para el adelantamiento de su labor, como consta en la última de las actas citadas; el señor Niño trabajó ininterrumpidamente desde el 2 de mayo de 1968 hasta el 25 de abril de 1969; la Junta Directiva, sin facultad para ello, reemplazó ilegalmente a Jorge Niño, el 22 de abril de 1969, según consta en acta de dicho día; el señor Niño entregó al señor Ariel Jaramillo el cargo de liquidador, que éste desempeña desde entonces, y que aquél había ejercido con toda consagración, honradez y dedicación; el actor no pactó con la Junta Directiva ni con la Asamblea General de Socios, la remuneración de su trabajo; dicha retribución debe calcularse conforme a lo dispuesto en los artículos 51 del Decreto 2059 de 1968 y 1º del Decreto 1821 de 1945 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 3124 de 1968; los recaudos brutos hechos por Jorge Niño como liquidador, alcanzan la suma de \$ 28.260.858.97; los honorarios correspondientes valen \$ 576.217.35, que el Fondo no había cancelado hasta la fecha de la demanda; el valor del auxilio de cesantía es de \$ 48.017.68; la indemnización por falta de pago es de \$ 1.600.58 por cada día de mora; el actor solicitó a la Superintendencia Nacional de Cooperativas, el reintegro al cargo y el reconocimiento de honorarios, pero tal entidad se declaró incompetente para tomar decisión al respecto; y la entidad demandada tiene su sede en la ciudad de Bogotá.

El apoderado de la demandada negó los hechos del libelo, se opuso a las peticiones

contenidas en él, solicitó que el actor fuera condenado en costas, y propuso las excepciones que puedan derivarse de los hechos y razones siguientes:

"A) El demandante nunca tuvo la calidad legal de liquidador del Fondo, pues no tomó posesión de tal cargo ante la Superintendencia de Cooperativas;

"B) El demandante fue un alto empleado del Banco Cafetero, que estuvo en comisión como Gerente del Fondo de Empleados;

"C) El Banco Cafetero, por retiro voluntario del demandante, le pagó todas sus prestaciones sociales y le decretó una pensión de jubilación;

"D) El Fondo de Empleados, aunque el Banco pagaba el sueldo del Gerente del Fondo, le reconoció una bonificación mensual de mil pesos (\$ 1.000.00), la cual fue retirada y aceptada por el demandante;

"E) Al terminar las relaciones con el demandante, como éste no reclamó las posibles prestaciones sociales que le correspondieran, la entidad demandada las liquidó y las consignó a órdenes del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá".

En sentencia de 22 de febrero de 1971, pronunciada por el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá, fue absuelto el Fondo de Empleados del Banco Cafetero, en liquidación, de todos los cargos formulados en la demanda, y condenado en las costas de la instancia el señor Jorge Niño Niño. De tal fallo apeló oportunamente el apoderado del actor.

En providencia de 18 de diciembre de 1972, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, modificó el fallo apelado, para condenar a la demandada a pagar al señor Niño \$ 666.64 por cesantía, \$ 33.33 diarios desde el 26 de abril de 1969 hasta que se cancele el valor de la cesantía, y el 50% de las costas de primera instancia, y declarar pago parcial de las obligaciones. No hubo condenación en las costas de la segunda instancia. El apoderado de Jorge Niño interpuso contra dicha sentencia, recurso de casación que el Tribunal concedió y la Corte admitió.

El recurso

En la declaración del alcance de la impugnación, se dice:

"La presente demanda de casación tiende a que el fallo de segunda instancia sea infirmado en su totalidad, y en su lugar se condene a la parte demandada al pago de la retribución monetaria a que el demandante tiene derecho de acuerdo con la ley y con base en lo probado en autos, y a que, en razón de haber sido despedido de su trabajo sin que mediara causal legal para hacerlo, se le reconozca, con base en el promedio mensual de tal retribución, la cesantía a que igualmente tiene derecho, así como también, y con base en la misma retribución, el monto de la indemnización moratoria legal".

Se observa

El recurrente pide la infirmación total del fallo recurrido. La sentencia de segunda instancia contiene condenaciones por cesantía e indemnización por mora, que naturalmente son favorables al impugnador. Los recursos se encaminan contra lo adverso a quien los propone, no contra lo que le favorece. Luego el alcance de la impugnación está mal formulado, ya que ha debido indicar qué parte de la sentencia de segunda instancia debe casarse, pues al dirigir el ataque contra toda ella, está solicitando que se destruyan las condenaciones hechas en favor del mismo recurrente.

Además, no se declara en el alcance de la impugnación, lo que debe hacerse con la sentencia de primera instancia. Si bien se pide la casación total de la sentencia del Tribunal y algunas condenaciones, nada se solicita en parte alguna de la demanda presentada para sustentar el recurso, sobre la sentencia de primera instancia. La Corte cuando casa un fallo de tribunal, se convierte en sentenciador de segunda instancia y su actividad tiene que estar dirigida al acto jurisdiccional del a quo. Pero dentro de los requisitos del remedio extraordinario, es necesario que el impugnador señale en qué forma se ha de revisar la providencia de primer grado, y si se confirma, modifica o revoca, en todo o en parte.

Aunque prosperara el recurso, no podría hacerse modificación alguna sobre la sentencia de primera instancia, porque no se pidió de ella confirmación, ni revocatoria,

ni modificación. Lo anterior, hace que el alcance de la impugnación sea incompleto e ineficaz.

Por lo demás, el alcance de la impugnación, también lo tiene explicado la jurisprudencia, es el petitum de la demanda de casación, por lo cual sin la adecuada presentación, es inestimable el recurso.

Fuera de los requisitos formales de la técnica de casación, si fuera posible estudiar el cargo, sería digno de anotar, que el recurrente presenta como recaudos las daciones en pago, concepto que no puede admitirse para los efectos pretendidos, y que los honorarios legales de los liquidadores no pueden estimarse en sí mismos como salario, lo cual haría que la acusación no prosperara aun con el estudio de fondo.

El auto admisorio de la demanda de casación no se refiere sino a los aspectos formales o externos de la misma, siendo el estudio del fondo de la demanda el que

permite, como ahora se ha hecho, determinar si su contenido es aceptable.

En consecuencia, 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 de diez y ocho de diciembre de mil novecientos setenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Jorge Niño Niño contra el Fondo de Empleados del Banco Cafetero, en liquidación.

Sin costas en el recurso, por no haberse causado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

Las granjas agrícolas o los terrenos propios de las secretarías de agricultura de los departamentos destinados a esa finalidad, tienen analógica identidad con las granjas o terrenos destinados por los particulares para esos mismos fines de la agricultura.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veinte de agosto de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

El señor Alvaro Malaver Rodríguez, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria laboral de mayor cuantía contra El Departamento de Cundinamarca y el Instituto de Seguridad Social, con la finalidad de que solidariamente fuesen condenados a pagar al demandante: cesantía, prima de Navidad, subsidio familiar, causado y no pagado por sus hijos: Clara Inés, María Sofía y María Margarita, lucro cesante por su despido intempestivo e injusto, e indemnización por no pago.

Como hechos presentó el apoderado del actor los siguientes:

“1º Mi poderdante prestó sus servicios al Departamento de Cundinamarca, mediante contrato verbal de trabajo, desde el 30 de junio de 1958 hasta el 30 de mayo de 1966, dependiente de la Secretaría de Agricultura y Ganadería.

“2º Mi poderdante desempeñó las funciones de ayudante de buldozer y devengaba una asignación de \$ 22.40, en la Secretaría de Agricultura y Ganadería.

“3º Mi poderdante no ha recibido el pago de la cesantía, por su tiempo de servicios, ni su prima de Navidad, ni menos aún la indemnización por su despido, como el subsidio familiar.

“4º Mi poderdante fue despedido por causas inexistentes.

“5º Mi poderdante, mediante el suscrito apoderado presentó demanda gubernativa con fecha 27 de diciembre de 1968, sin haber obtenido respuesta alguna, y habiéndose agotado así la vía gubernativa”.

De la demanda fueron notificados: El Gobernador del Departamento, el Secretario de Fomento de Cundinamarca y el Gerente del Instituto de Seguridad Social.

Respondió la demanda sólo el Gobernador por medio de su apoderado quien, rechazó los hechos fundamentales de la acción mientras no estuvieran debidamente demostrados, se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenas pedidas por el demandante, e interpuso la excepción de pago por concepto de la prima de Navidad.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad desató la litis en primera instancia con fallo de veintidós de julio de mil novecientos setenta y uno por el que absolvió a la parte demandada de los cargos que le fueron formulados en la demanda.

Apeló el actor del juicio de esa decisión y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio de sentencia de fecha seis de septiembre de mil novecientos setenta y dos, confirmó la del a quo, con costas a cargo del apelante.

Contra esa sentencia interpuso el recurso extraordinario de casación la parte demandante, concedido éste y admitido aquí por la Sala, en tiempo oportuno fue presentada la demanda respectiva por el recurrente, que sin réplica del opositor se procede a decidir.

La demanda

Dice el casacionista en el alcance de la impugnación:

"Que la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, case la sentencia del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, de fecha 6 de septiembre de 1972, folios 77 a 82 y 88-93, la anule, y como Tribunal de instancia dicte la sentencia que el juez no dictó, y condene al Departamento de Cundinamarca a los siguientes reconocimientos:

"a) Cesantía. La suma de \$ 5.984.56 o cuanto más probare;

"b) Lucro cesante. La indemnización por su despido intempestivo equivalente al tiempo faltante de su último período presuntivo, o sea la suma de \$ 672.00 moneda corriente;

"c) Indemnización moratoria. Por este concepto un salario diario, a razón de \$ 22.40 diarios en los términos del Decreto 797 de 1949 y hasta cuando se cancele a mi poderdante la totalidad de sus acreencias laborales".

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en ella formula dos cargos a saber:

Primer cargo

"La sentencia materia de este recurso incurrió en infracción indirecta por error de hecho, e indebida aplicación de los artículos 1º, 11, 58, inciso final de la Ley 6ª de 1945; artículos 2º y 3º de la Ley 64 de 1946; artículos 4º y 20 del Decreto 2127 de 1945; artículo 17, letra a) de la Ley 6ª de 1945; artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del Decreto 1160 de 1947, artículos 40, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945; y artículo 1º del Decreto 797 de 1949; artículo 1º del Decreto 2767 de 1945.

"Tales ordenamientos legales establecen entre otras cosas el contrato de trabajo, su relación laboral, la competencia de la jurisdicción laboral para conocer y decidir las controversias jurídicas que surjan entre la administración pública y quienes estén vinculados a ella, mediante un contrato de trabajo; los casos de ocurrencia de dicho contrato de trabajo, tales como cuando la entidad oficial se dedica a una cualquiera

de las actividades enunciadas preceptivamente, en el ordenamiento reglamentario de la Ley 6ª de 1945; la definición del contrato presuntivo de trabajo, sus períodos de seis meses, su prórroga tácita y automática, en los mismos períodos; la definición de las causales de la terminación del contrato de trabajo; las sanciones o indemnizaciones en que incurre el patrono oficial al terminar unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa o ilegalmente, los salarios por indemnización que debe pagar como consecuencia de la terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo; la cesantía causada durante el tiempo de servicios, su cómputo o liquidación, la obligación perentoria del patrono oficial de cancelar a su trabajador los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones causados durante la vigencia y terminación del contrato de trabajo, durante un término de gracia de 90 días a partir de su despido o retiro; la sanción o indemnización moratoria en que incurre dicho patrón oficial cuando transcurrido dicho período de gracia no satisface plenamente las acreencias laborales adeudadas, y la extensión de dicho régimen prestacional e indemnizatorio no sólo a los trabajadores oficiales del orden nacional, sino también del orden departamental, municipal, e intendencial.

"El honorable Tribunal incurrió en el error anotado al apreciar mal y parcialmente las pruebas de los folios 12, 17, 26 y 27, 66, 67, 68, y folio 10, en cuanto tales pruebas nos dicen que Alvaro Malaver Rodríguez prestó sus servicios en el Departamento de Cundinamarca en su Secretaría de Agricultura y Ganadería, como tractorista y ayudante de buldozer, con un jornal de \$ 22.40 diarios durante el período comprendido entre el 30 de junio de 1958 al 31 de mayo de 1966, que fue declarado insubsistente mediante Decreto número 0786 de mayo 31 de 1966, a partir del 1º de junio del mismo año y no dando por demostrado la existencia del contrato de trabajo, su relación laboral durante el período probado, las consecuencias del despido injustificado, las prestaciones e indemnizaciones causadas durante tal período, y las consecuencias del no pago de las acreencias laborales causadas y durante la vigencia y terminación del contrato de trabajo".

Cita el censor el aparte de la sentencia que considera contentivo de error y luego agrega:

"Del contexto de la sentencia y de los apartes transcritos, se observa cómo el honorable Tribunal al determinar el alcance interpretativo del artículo 4º del Decreto 2127, y del acervo probatorio, lo hace restrictiva y equivocadamente.

"Y con dicha interpretación no puede ser criterio acertado ya que, la jurisprudencia laboral ha dado validez no sólo a la actividad desarrollada por la respectiva entidad oficial, sino también, a la naturaleza desempeñada por el trabajador oficial en la interpretación del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945".

Transcribe el casacionista una doctrina de la Corte y concluye:

"No obstante el antecedente jurisprudencial, el honorable Tribunal no tuvo en cuenta que mi poderdante prestó sus servicios al Departamento de Cundinamarca en su Secretaría de Agricultura, en sus funciones de tractorista y ayudante de buldozer, ya que, confundió también el concepto de identidad, cuando concluye que él es esencial, y no análogo, o cuando restringe el concepto de entidad oficial, cuando afirma... ya se dijo antes, el Departamento de Cundinamarca (Secretaría de Agricultura y Ganadería) no es una institución..."

"Todo lo que tenía que hacer el honorable Tribunal según las directrices jurisprudenciales, trazadas por la Sala Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia en su fallo de mayo 4 de 1966, era verificar si las actividades desarrolladas por la Secretaría de Agricultura y Ganadería al incorporar a mi poderdante en sus funciones de tractorista y ayudante de buldozer, podían ser análogas a las desempeñadas por este mismo trabajador en un establecimiento privado, cuya unidad de explotación económica fuera la agricultura y ganadería, y si tal analogía existía, tenía necesariamente que concluir que en tales condiciones, entre la entidad oficial y mi poderdante no había, no podía haber una relación de derecho público, sino una relación contractual laboral.

"Y tan la hay, que es evidente que las funciones de un tractorista o ayudante de buldozer, no pueden ser políticas, comportar actos de mando, de jerarquía, de autoridad, de disposición de bienes, de autono-

mía jurídica sino solamente los referentes a ejecutar una labor material, mecánica, relacionada con el manejo de un tractor o las de auxiliar de un buldozer.

"Pues un tractorista o ayudante de buldozer, ya de una entidad oficial, o de una entidad particular se comporta con su patrón mediante una subordinación jurídica, que excluye todo acto que niegue esa dependencia, que ponga en discusión siquiera la sujeción a las órdenes o reglamentos patronales, ya sea que se trate de un patrón oficial o de un patrón particular que ejecute actividades agrícolas y ganaderas.

"Por ello no hay duda que entre mi poderdante y el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Agricultura y Ganadería sí hubo un contrato de trabajo, en los términos de la prestación de servicios, duración de la relación laboral, jornal devengado, terminación de la relación laboral, y los derechos laborales causados y no pagados no sólo durante dicha relación de trabajo, sino también las indemnizaciones originadas por la terminación unilateral y por el no pago oportuno o legal dentro del término de gracia de 90 días, tal como se desprende de los hechos probados y de los ordenamientos legales enunciados en el cargo".

Se estudia

El ad quem para llegar a la conclusión absolutoria se expresó de la siguiente manera:

"Según las piezas de los folios 67 y 68, el demandante señor Malaver Rodríguez desempeñó... 'los cargos de tractorista y ayudante de buldozer'. Que '... desde su ingreso hasta el 30 de abril de 1966 cuatro (4) horas den (sic) depósito y cuatro (4) horas en barbecho, en depósito a \$ 1.70 la hora y en barbecho a \$ 2.80 la hora, total diario \$ 18.00. Según Decreto 0424 de 1966 (mayo 3) se le reconoció ocho (8) horas en barbecho a razón de \$ 2.80 la hora, total diario \$ 22.40.

"Al demandante le fue declarado insubsistente su nombramiento (folio 68) del cargo de buldozer (sic), con efectividad al 1º de junio de 1966. Así se le comunicó en la carta de despido, calendada el 31 de mayo de dicho año (folio 10).

"En resumen: el demandante señor Malaver Rodríguez le trabajó al Departamento de Cundinamarca en la dependencia de la Secretaría de Agricultura y Ganadería, como tractorista y ayudante de buldozer. Se pregunta, entonces, si este trabajador se halla dentro de las excepciones del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945.

"Del estudio respectivo, se concluye:

"a) No se trata de servicios prestados en la construcción o sostenimiento de obras públicas;

"b) No se trata de servicios prestados en empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro.

"A este respecto deberá tenerse en cuenta que la Secretaría de Agricultura y Ganadería de Cundinamarca hace parte del gobierno departamental centralizado. Por consiguiente, no es una entidad descentralizada, como lo exige la excepción respectiva.

"c) No se trata de una institución idéntica a la de los particulares o susceptible de ser fundada y manejada por éstos en la misma forma.

"La secretaría gubernamental aludida no es, ciertamente, una institución, si por ella se entiende una entidad descentralizada.

"La jurisprudencia ha insistido sobre la necesidad de que el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 se aplique restrictivamente para los casos allí contemplados".

Y más adelante deduce:

"No habiendo existido contrato de trabajo entre el trabajador Alvaro Malaver Rodríguez y el Departamento de Cundinamarca, el Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca, habría sido la entidad obligada en segundo plano, sobre hacer el estudio de las pretensiones demandadas, puesto que lo que corresponde, entonces, es absolver, confirmando de este modo la decisión del a quo".

Observa la Corte que como en el caso sub judice se trata de un trabajador que prestó sus servicios en la Secretaría de Agricultura y Ganadería del Departamento de Cundinamarca entre el 30 de junio de 1958 y el 30 de mayo de 1966, cabe hacer el examen de su situación jurídica a la luz del Decreto 2127 de 1945, que en su artículo 2º, indica los elementos constitutivos del contrato de trabajo: actividad personal del

trabajador, dependencia del trabajador respecto del patrono y salario como retribución del servicio.

El artículo 3º dispone: "Por el contrario, una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de labor ni de tiempo que en su ejecución se inviertan; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni el sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera".

Y el artículo 4º dice: "No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma".

Es decir que, al tenor de la primera parte del precepto transcrito, por lo general las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal, no constituyen contrato de trabajo, empero la excepción a ese principio, es decir cuando puede considerarse que sí existe contrato de trabajo es cuando el trabajador está ligado a la administración en las actividades personales cuyas con las funciones específicamente allí determinadas a cargo de esa administración nacional, departamental o municipal, o sea: construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma.

En el caso concreto de autos no está demostrado que el señor Alvaro Malaver Rodríguez en su condición de tractorista primeramente y después como ayudante de

buldozer, hubiera desempeñado sus funciones en la construcción o sostenimiento de obras públicas en la dependencia oficial, en donde estaba trabajando, de donde esa primera presunción excepcional no lo cubría, y tampoco se trata de servicios prestados en empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, tal como lo dedujo el ad quem en su sentencia, porque la Secretaría de Agricultura y Ganadería no puede tener esas condiciones ni esa finalidad.

El demandante, como queda advertido, trabajó en esa dependencia de la Secretaría de Agricultura y Ganadería del Departamento de Cundinamarca —llamada ahora Secretaría de Fomento— en principio como tractorista y luego como ayudante de buldozer, con un señalamiento de cuatro horas en “barbecho” y cuatro en depósito desde su comienzo hasta el 15 de abril de 1966 y finalmente del 16 de abril al 31 de mayo de 1966 con un señalamiento de ocho horas en barbecho según la certificación que aparece al folio 27 del expediente, expedida por la Jefatura de la Sección de Personal de la Gobernación.

No explica el certificado si esa actividad o trabajo del demandante lo fue en alguna granja experimental de propiedad de esa dependencia departamental, empero sí dice que fue tractorista y luego ayudante de buldozer en barbecho y depósito y últimamente en barbecho ocho horas, y acontece que la expresión “barbecho” significa tierra labrantía, de donde barbechar, académicamente correcto quiere decir: “arar o labrar la tierra disponiéndola para la siembra”.

Dice el ad quem en la sentencia acusada que:

“No se trata de una institución idéntica a la de los particulares o susceptible de ser fundada y manejada por éstos en la misma forma”.

Ahora bien, institución significa también establecimiento, y es obvio que los particulares no pueden constituir una Secretaría de Agricultura y Ganadería idéntica a la oficial, pero sí un establecimiento de tierras labrantías para los fines de la agricultura, cosa que también en idéntica forma desempeñan las secretarías de agricultura de los departamentos en sus terrenos dedica-

dos al efecto o en sus granjas agrícolas experimentales.

Sobre este preciso tipo de identidad la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, se ha expresado de la siguiente manera:

“... el fallador solamente toma en cuenta uno de los tres casos de excepción previstos en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, al reglamentar el artículo 1º de la Ley 6ª del mismo año, que son: a) ‘Construcción y sostenimiento de las obras públicas’; b) ‘Empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro’, y c) ‘Instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma’. Ya la reiterada jurisprudencia de la Corte tiene explicado que los ‘fines de lucro’ a que se refiere, con notoria impropiedad, el segundo aparte del citado reglamento ejecutivo, no puede atribuirse a la administración en el mismo sentido del incremento patrimonial que buscan los empresarios particulares, sino apenas como medios fiscales para mejor atención del servicio público o como sistemas racionales de organización que permitan la costeabilidad de la empresa oficial; del mismo modo que la ‘identidad’ de la institución oficial con cualquier establecimiento privado, de que habla otro apartado del precepto, no puede ser esencial sino analógica, más que todo por razón de ‘la forma’ externa de su fundación y manejo o de sus métodos de operación. Y también por este último aspecto ha debido examinarse el trabajo de un tractorista a jornal en una granja agrícola oficial, y no exclusivamente por el de los fines de ‘lucro que la entidad propietaria de la granja agrícola persiga, y las utilidades o pérdidas en dinero que esa institución de fomento agrario pueda representarle’.”

Aquí, pues, ciertamente como lo dice la jurisprudencia no se trata de una identidad esencial sino analógica, por lo que si el demandante fue exactamente un trabajador a jornal, en calidad de tractorista y ayudante de buldozer, cuyas funciones en este último cargo estuvieron vinculadas al barbecho, es decir, a barbechar la tierra labrantía o prepararla para la siembra, tiene necesariamente que ser considerado como un trabajador oficial y no como un emplea-

do público, tanto por la naturaleza de su trabajo como por cuanto las granjas agrícolas o los terrenos propios de las secretarías de agricultura de los departamentos destinados a esa finalidad, tienen analógica identidad con las granjas o terrenos destinados por los particulares para esos mismos fines de la agricultura.

Es, pues, evidente el error cometido por el fallador de segundo grado al considerar al demandante como un empleado público y no como un trabajador oficial, ligado al departamento por contrato de trabajo.

El cargo progresa y habrá pues de ser casada la sentencia para acceder en el fallo de instancia a las pretensiones de la demanda.

La prosperidad de este cargo releva a la Sala del estudio del segundo.

Consideraciones de instancia

Además de las consideraciones fundamentales expuestas en el cuerpo de esta providencia, se agrega ahora que, para efectos de la decisión de instancia, debe tenerse en cuenta que el casacionista, impetra de la Corte condena por cesantía, lucro cesante e indemnización moratoria, solamente, y en consecuencia se concretará el estudio a estos pedimentos, con prescindencia de los demás solicitados en la demanda original.

El trabajador, en conformidad con el certificado oficial que aparece al folio 27 devengó en los últimos cuarenta y cinco días un jornal de \$ 22.40 por ocho horas de trabajo en barbecho a razón de \$ 2.80 hora, y en cambio en los trescientos veinte días anteriores, que completan el año recibió \$ 2.40 por hora, cuatro al día en barbecho, y \$ 1.70 hora, cuatro al día en depósito, lo que arroja un total de \$ 18.00 diarios. En consecuencia el promedio devengado por el actor del juicio en el último año de trabajo fue de \$ 18.54 diarios, que será el salario que se tomará para la liquidación de la cesantía.

Trabajó el demandante siete años y once meses, y no le fue cubierto lo correspondiente a cesantía según lo afirma éste y lo acepta el Instituto de Seguridad Social (Fl. 66), y como el Departamento no acreditó el pago, por ese aspecto le corresponde al trabajador la cantidad de cuatro mil cua-

trocientos tres pesos con veinticinco centavos (\$ 4.403.25).

Al demandante le faltó un mes para completar el plazo presuntivo del contrato de trabajo, de donde se deduce que por concepto de lucro cesante se le debe la cantidad de \$ 672.00 conforme al último salario devengado; y como la entidad demandada no pagó dentro de los noventa días subsiguientes al despido ni el valor de la cesantía ni el del lucro cesante, conforme a lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, debe cubrir al actor del juicio la cantidad de veintidós pesos con cuarenta centavos (\$ 22.40) diarios desde el primero de septiembre de 1966 hasta cuando verifique el pago de lo debido.

En lo atinente al Instituto de Seguridad Social demandado, la parte demandante no demostró el vínculo de solidaridad existente entre esta institución y el Departamento de Cundinamarca, de donde se concluye que éste no puede ser condenado al pago de ninguna de las prestaciones invocadas por el actor en su demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia de seis de septiembre de mil novecientos setenta y dos proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto confirmó la absolución al Departamento de Cundinamarca con respecto al pago de: cesantía, lucro cesante e indemnización moratoria, y en sede de instancia revoca el fallo de veintiocho de julio de mil novecientos setenta y uno, dictado por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en este mismo juicio, en cuanto absuelve por los mismos aspectos indicados, y en su lugar,

Resuelve:

Condénase al Departamento de Cundinamarca a pagar al demandante, señor Alvaro Malaver Rodríguez, las siguientes cantidades de dinero:

A) Cuatro mil cuatrocientos tres pesos con veinticinco centavos (\$ 4.403.25) valor del auxilio de cesantía;

B) Seiscientos setenta y dos pesos (\$ 672.00) como lucro cesante;

C) Veintidós pesos con cuarenta centavos (\$ 22.40) diarios como indemnización moratoria, desde el 1º de septiembre de 1966 hasta cuando verifique el pago de lo debido.

No la casa en lo demás.

Sin costas en las instancias ni el recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION

Si el sentenciador interpretó correctamente el parágrafo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 en el sentido de que no eran acumulables los servicios prestados a la administración pública mediante un contrato de trabajo con los prestados a través de una relación de derecho público, aplicó debidamente la norma al no hacerla producir efectos ante el hecho no discutido de que el trabajador no estuvo vinculado con un contrato de trabajo durante el tiempo exigido para tener derecho a la pensión especial, que sólo se complementaría si se le agregara el servido en virtud de una relación de derecho público, situación esta última que a juicio del fallador, no contempla la norma sustancial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veintiuno de agosto de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

El apoderado judicial de Aristóbulo Moreno Vélez demandó al "Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Seccional de Antioquia" (ICSS), para que previo los trámites del juicio ordinario laboral de mayor cuantía se hagan en su contra las siguientes declaraciones y condenas:

"1º Que el ICSS, debe pagar a mi mandante, por concepto de pensión proporcional de jubilación. 2º Que el ICSS, puede repetir del Municipio de Medellín, representado por el señor Personero, la cuota pensional que le corresponda. 3º Que el ICSS, Seccional de Antioquia, pague los salarios caídos de que trata el Decreto 797 de 1949, por el no pago de pensión de jubilación proporcional y en el momento en que ello se hizo exigible. 4º Que el ICSS, sea condenado a pagar las costas y gastos del juicio".

Según los hechos de la demanda Aristóbulo Moreno estuvo vinculado al Municipio de Medellín desde el 24 de marzo de 1948 hasta el 9 de enero de 1958, como chofer de la Policía y de la Sección de Sanidad,

y en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Caja Seccional de Antioquia durante el lapso comprendido entre el 1º de junio de 1959 y el 16 de octubre de 1966, fecha en que se retiró voluntariamente; el tiempo de servicios en cada una de las entidades anteriores debe sumarse para efectos de reconocimiento de la pensión proporcional de jubilación, por cuanto el último vínculo obedeció a su contrato de trabajo con un instituto descentralizado del orden nacional, todo ello de conformidad con el artículo 29 de la Ley 24 de 1947. Como tenía más de 60 años de edad y más de 15 de servicios cuando se retiró voluntariamente del instituto, tiene derecho a gozar de su pensión proporcional de jubilación de acuerdo con el artículo 8º de la Ley 171 de 1961. El instituto debe ser condenado a pagar la indemnización moratoria, porque ha sido negligente en pagar la pensión de jubilación escudándose en que es una persona de derecho privado, alegación desorbitada si se considera que es un ente creado por leyes, participa en él capital del Estado y realiza la política de seguridad social que a éste la incumbe. El último salario devengado fue de \$ 1.024.74 mensuales. Al admitir la demanda el Juez del conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, ordenó correr traslado de la misma al representante legal del Instituto Colombiano de Seguros Sociales,

Seccional Antioquia, al Personero Municipal de Medellín y al Secretario de Salud del mismo Municipio.

El Personero de Medellín contestó la demanda manifestando que no le constaban los hechos y que se atenía a lo que se acreditare en el juicio. Respecto a las peticiones dijo que el Municipio no se oponía a reconocer la cuota parte que le correspondía por el tiempo que el demandante le haya prestado servicios, si se acreditaban los requisitos exigidos por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y si se aceptaba que era posible la acumulación de los tiempos servidos por el actor al ICSS y al Municipio de Medellín; considera, sin embargo, que el Instituto desde su creación, y a pesar de tener las características de un establecimiento público, conserva en cuanto a las relaciones laborales con sus trabajadores, un régimen de excepción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2324 de 1948, según el cual los empleados y obreros de ese establecimiento tienen el carácter de trabajadores particulares. Propuso la excepción de prescripción de las mesadas amparadas por el fenómeno, para el caso de que se reconozca la pensión de jubilación.

El apoderado de la Caja Seccional del ICSS en Antioquia al contestar la demanda sostuvo los mismos puntos de vista en relación con el carácter de trabajadores particulares que tienen los servidores del Instituto apoyándose en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado: no aceptó los hechos, que a su juicio debían probarse, y propuso la excepción de inexistencia de la obligación con fundamento en las razones expuestas.

El fallador de primera instancia decidió la litis en sentencia de veinte de septiembre de mil novecientos setenta y dos, en cuya parte resolutive dispuso: "1. Condenase al 'Instituto Colombiano de Seguros Sociales', Seccional de Antioquia, representado por su Gerente, a pagar al señor Aristóbulo Moreno Vélez, a partir del 10 de agosto de 1967, una pensión mensual vitalicia de jubilación, en cuantía de seiscientos cincuenta y seis pesos con cincuenta y dos centavos (\$ 656.52) moneda legal. 2. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Seccional de Antioquia, podrá repetir del Municipio de Medellín, representado por el

señor Personero Municipal, la cuota pensional que a esta entidad corresponde y cuya cuantía es de trescientos setenta y siete pesos con dieciséis centavos (\$ 377.16) moneda legal por cada mensualidad. 3. Se absuelve al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Seccional de Antioquia, de los demás cargos formulados en la demanda. 4. Se declara probada la excepción de prescripción extintiva en cuanto a las mesadas causadas con anterioridad al 10 de agosto de 1967. 5. Se declaran no probadas las demás excepciones propuestas. 6. Sin costas".

Apelaron los apoderados de las partes. La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sentencia de veintiséis de octubre de mil novecientos setenta y dos revocó la dictada por el a quo y en consecuencia absolvió por todos los cargos formulados en la demanda. No impuso costas por las instancias.

Recurrió en casación el apoderado de Aristóbulo Moreno Vélez. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala, el recurso se decidirá previo el estudio de la demanda de casación y de la réplica del señor Procurador Delegado en lo Civil, quien actuó como representante del Municipio de Medellín. La Caja Seccional en Antioquia del Instituto Colombiano de Seguros Sociales no presentó escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Lo formula así el recurrente: "Pretende que la sentencia recurrida sea casada totalmente en cuanto revoca la condenación hecha por el juez de primera instancia al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Caja Seccional de Antioquia, a pagar al actor la pensión mensual vitalicia de jubilación y en cuanto confirma la absolución por salarios caídos en los términos del Decreto 797 de 1949, para que convertida esa honorable Sala de la Corte en sede de instancia profiera las condenaciones respectivas imponiendo a la parte demandada las costas de ambas instancias y las del recurso si se casare oposición".

Con fundamento en la causal primera de casación formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

“Interpretación errónea del párrafo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, reglamentado por el artículo 21 del Decreto 1611 de 1962, en relación con los artículos 17, literal b) de la Ley 6ª de 1945, 3º de la Ley 65 de 1946, y consecuente aplicación indebida del artículo 1º de la Ley 24 de 1947, sustitutivo del artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, y de los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, en relación con el artículo 1º, párrafo 2º del Decreto 797 de 1949”.

Transcribe el casacionista apartes del fallo en los cuales el Tribunal Superior sostiene que para los efectos previstos en el párrafo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 no pueden acumularse servicios prestados a la administración pública por contrato de trabajo con otros enmarcados dentro de una relación administrativa o de derecho público, y dice que este concepto es erróneo, porque le reconoce únicamente efectos jurídicos a los servicios prestados por contrato de trabajo dejando a un lado los demás servicios prestados a la administración pública, estableciendo una diferencia no contemplada en la norma y restringiendo el alcance de la que permite la acumulación de servicios prestados a la administración pública para efectos de la jubilación. Continúa su argumentación así:

“El Tribunal averiguó si se reunían o no las condiciones de hecho necesarias para acumular los tiempos servidos, pero cuando desarrolló esa conducta sentenciadora le disminuyó imperdonable e indebidamente la esfera de acción a la normación contenida en el artículo 1º de la Ley 24 de 1947, sustitutivo del artículo 29 de la Ley 6ª de 1945 al no acumular los servicios para el Municipio de Medellín, a aquellos prestados por contrato ficto de trabajo al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales. En efecto jamás la ley preceptúa el análisis de la naturaleza de la vinculación al Estado para efectos de acumular o no el servicio, pues su exclusivo requisito consiste estrictamente en la prestación de servicio a la administración pública que aunque sea a distintas entidades se acumulan para los efectos de la jubilación. Claro está que el Tribunal resolvió no acumular los tiempos servidos al Municipio de Medellín por el demandante Moreno Vélez, y estimó que la

norma que ordena acumular los servicios únicamente alcanza hasta donde llegan los del contrato ficto de trabajo disminuyendo así el alcance del artículo 1º de la Ley 24 de 1947, porque esta norma preceptúa la acumulación integral de los servicios llana y simplemente sin distinguir los unos y los otros, y esta circunstancia como es obvio impide la interpretación correcta de la norma que a mi cliente le concede la pensión mensual vitalicia jubilaria consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961. Además cuando la norma víctima de la disminución de sus efectos (me refiero al Art. 1º de la Ley 24 de 1947), se refiere a la jubilación no restringe su aplicación en forma estricta a la jubilación plena, ni tampoco a la especial, sino que la aplicación de esa norma tiene que ser en el caso de la jubilación común o plena o en el caso de la jubilación especial y en el presente caso de Moreno Vélez debe acumularse el tiempo servido para efectos de esta pensión especial vitalicia, porque de lo contrario también se distinguiría para desfavorecer circunstancia que no es correcta ni tampoco prevista por la ley, porque ella en forma negativa aún no la ha establecido pero sí lo está en la ley positivamente en los términos y con el alcance arriba señalados. Incide el incumplimiento en que ha vivido la demandada por mi cliente frente a su pensión jubilaria, en la conducta morosa sancionada por el Decreto 797 de 1949”.

Para el Procurador Delegado en lo Civil no existe violación de la ley sustancial en los conceptos señalados por el recurrente, en razón de que en la providencia acusada el Tribunal interpretó correctamente las disposiciones que se señalan como erróneamente interpretadas, afirmación que sustenta con base en un detallado análisis sobre dichas normas, que a su juicio no permiten la acumulación a los servicios prestados bajo un contrato de trabajo, de los que se prestan como empleado público.

Se considera

La discrepancia entre el Tribunal Superior y el casacionista en torno a la interpretación de las normas acusadas consiste que el primero considera que no pueden acumularse para los efectos previstos en el párrafo del artículo 8º de la Ley 171

de 1961, servicios prestados a la administración pública por contrato de trabajo con otros prestados en virtud de una relación administrativa o de derecho público, y para el segundo tal acumulación si es posible de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 24 de 1947.

Ahora bien, esta Sala de la Corte ya ha señalado cuál es la correcta interpretación del párrafo 8º de la Ley 171 de 1961 en el aspecto debatido, que coincide precisamente con la que da el Tribunal Superior, como puede verse, entre otros, en el fallo de diez y seis de abril de mil novecientos sesenta y ocho, Julián Cock Escobar contra Banco Cafetero, en donde se dijo: "Las pruebas documentales a que el recurrente alude acreditan que el doctor Julián Cock Escobar desempeñó los cargos de Registrador Nacional del Estado Civil, Visitador y Secretario General de tal repartición administrativa, Secretario General del Departamento de Personal y Abogado Jefe del Departamento Legal de los Ferrocarriles Nacionales y Jefe del Departamento Legal de la Procuraduría Distrital de Medellín, los que en su mayoría, por su naturaleza y origen en normas legales o estatutarias que los crean y les asignan funciones, no ligan a quien los ejerce con nexo contractual sino que los colocan en una situación legal y reglamentaria, sin que, por otro lado, se haya establecido la existencia de un vínculo contractual con respecto a algunos de ellos. Ahora bien, el párrafo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 hace extensiva a los empleados nacionales, departamentales y municipales la pensión reducida que ese mismo artículo consagra, y a que la sentencia condena al Banco Cafetero, pero a condición de que el trabajador esté ligado "por contrato de trabajo con la administración o con los establecimientos públicos descentralizados", como lo expresa el texto. No comprende, por tanto, a los vinculados sólo por una relación de derecho público, por lo que están excluidos de lo dispuesto en ella los cargos ejercidos por el demandante en organismos distintos del Banco Cafetero, con el cual éste acepta que aquél estuvo unido por una relación contractual".

A lo anterior hay que agregar que cuando el citado párrafo extiende la prestación consagrada para los trabajadores par-

ticulares en la primera parte del artículo 8º a los trabajadores oficiales, obviamente el párrafo debía aclarar que la cuantía de la pensión sería directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena de jubilación oficial, porque respecto al derecho de los trabajadores particulares se había hecho referencia a la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, inaplicable a los trabajadores oficiales, y cuya reglamentación en cuanto a la liquidación era diferente a la plena consagrada para los trabajadores oficiales. No otro es el alcance de la frase "y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial".

Aun cuando el artículo 1º de la Ley 24 de 1947 sustitutivo del 29 de la Ley 6ª de 1945 no discrimina en cuanto a la naturaleza del vínculo bajo el cual se prestaron los servicios para que sea procedente la acumulación el párrafo 8º si establece claramente una diferenciación, pues señala como beneficiarios de la pensión especial a los trabajadores ligados por contrato de trabajo, excluyendo en esta forma a quienes han prestado sus servicios mediante una relación de derecho público. Si la referencia a la pensión plena de jubilación oficial, cuyo alcance ya se señaló, comprendiera también la acumulación de servicios prestados a la administración pública cualquiera que fuera su origen como lo pretende el recurrente, la norma resultaría contradictoria en sí misma, pues por una parte establecería una prestación exclusivamente para trabajadores ligados por contrato de trabajo, y por la otra permitiría que se tuvieran en cuenta los servicios prestados mediante una relación de derecho público para adquirir el derecho a la pensión especial.

Habiendo interpretado correctamente el Tribunal las normas acusadas, el cargo no prospera.

Segundo cargo

(Subsidiario del primero)

"Acuso la mencionada sentencia de segunda instancia de ser violatoria por vía

directa de la ley sustancial a causa de aplicación indebida del párrafo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, reglamentado por el artículo 21 del Decreto 1611 de 1962, en relación con los artículos 17, literal b) de la Ley 6ª de 1945, 3º de la Ley 65 de 1946 y consecuente falta de aplicación del artículo 1º de la Ley 24 de 1947, sustitutivo del artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, y de los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945 en relación con el artículo 1º, párrafo 2º del Decreto 797 de 1949”.

Se refiere el recurrente a la decisión del Tribunal Superior que considera contraria al párrafo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y al artículo 1º de la Ley 24 de 1947, por cuanto habiéndose demostrado que el señor Moreno Vélez laboró más de quince años, ha debido reconocérsele la pensión especial de jubilación. Argumenta así: “Ahora bien, sentadas como premisas tanto la norma sustantiva que establece la pensión jubilatoria con retiro voluntario en un trabajador que lleve más de quince (15) años de servicio y tenga más de sesenta (60) de edad, y la norma que preceptúa la acumulación de los tiempos para efectos de la jubilación es preciso que se concluya: 1º Que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 hace referencia a una jubilación especial pero con relación a la jubilación plena; que el artículo 1º de la Ley 24 de 1947, cuando se refiere a la pensión jubilatoria no distingue entre la jubilación plena y la especial por retiro voluntario, y en consecuencia se concluye y se afirma que el artículo 1º de la Ley 24 de 1947, tiene que aplicarse, trátese de la jubilación ordinaria o plena, por que allí donde la ley no distingue no es dable hacerlo al juzgador, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, y además porque la disposición aún está vigente: de todo lo anterior se desprende que el Tribunal Superior restringió los alcances del precepto contenido en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, al no acumular los servicios prestados al Municipio de Medellín por el demandante Moreno Vélez y al no aplicar el artículo 1º de la Ley 24 de 1947. 2º El artículo 1º de la Ley 24 de 1947 cuando se refiere a los servicios acumulables, no distingue como lo hizo el Tribunal Superior entre servicios originados en una

relación de derecho administrativo y los nacidos de una relación de contrato de trabajo, sino que su única exigencia es que se trate de servicios prestados a un mismo patrono, esto es el Estado jurídicamente apersonado en las distintas entidades de derecho público, en los organismos de la administración pública, y en los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, departamental o municipal; luego el honorable Tribunal al estimar como fundamento de su absolución la no acumulación de los servicios prestados al Municipio por disponerlos así el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 le está asignando efectos que no le corresponden, y en consecuencia se desconoce la norma que preceptúa la acumulación de los tiempos. Invoco además de la ostensible lógica manifestada en lo dicho arriba una doble razón así social como constitucional, consistente la primera en lo justo y equitativo del hecho mismo radicado en el goce por Aristóbulo Moreno de la pensión jubilatoria que la ley le otorga, y la segunda advertida en la garantía constitucional establecida en la Carta de proteger al trabajador como lo preceptúan los artículos 17 y 32, de la Constitución Nacional”. Afirmó además, que de no haber sido porque el Tribunal aplicó indebidamente la norma que consagró la pensión jubilatoria, hubiese hecho la condenación respectiva por la mora en el pago de las mensualidades atrasadas.

Se considera

En este segundo cargo el recurrente plantea los mismos argumentos que en el anterior, aun cuando formula la acusación por aplicación indebida. Ahora bien, si el sentenciador interpretó correctamente el párrafo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 en el sentido de que no eran acumulables los servicios prestados a la administración pública mediante un contrato de trabajo con los prestados a través de una relación de derecho público, aplicó debidamente la norma al no hacerle producir efectos ante el hecho no discutido de que el trabajador no estuvo vinculado con un contrato de trabajo durante el tiempo exigido para tener derecho a la pensión especial,

tiempo que sólo se complementaría si se le agregara el servido en virtud de una relación de derecho público, situación esta última que a juicio del fallador, no contempla la norma sustancial.

En consecuencia no se produjo por parte del Tribunal Superior la aplicación indebida de las normas acusadas, por lo cual el cargo no prospera.

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 dicta-

da el veintiséis de octubre de mil novecientos setenta y dos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

Cópiase, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SUSTITUCION PATRONAL

De acuerdo con el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo hay sustitución de patrones cuando se presenta un cambio de patronos, la continuidad de la empresa y la continuidad del trabajador en el servicio. — El cambio de un patrón por otro puede ser por cualquier causa: venta, arrendamiento, cambio de razón social, etc., y de una persona natural por otra natural o jurídica, o de una persona jurídica por otra jurídica o natural. — La continuidad de la empresa se refiere a lo esencial de las actividades que venía desarrollando, y la continuidad del trabajador o su permanencia en la empresa cuando se produce el cambio con la subsiguiente prestación de los mismos servicios al nuevo patrono.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veintisiete de agosto de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

El doctor Edgardo Manotas Wilches, en su propio nombre, demandó a Naviera Fluvial Colombiana S. A., domiciliada en Barranquilla, para que se la condenara a pagarle el auxilio de cesantía correspondiente al período comprendido entre el primero de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco y el día en que se le haga el pago, y una pensión de jubilación desde el 31 de marzo de 1977, en cuantía de \$ 519.00 mensuales, además de las costas del juicio.

Como hechos de la demanda indicó que había sido abogado consultor de Naviera Colombiana desde antes de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco, y que continuó prestando sus servicios a Naviera Fluvial Colombiana S. A., cuando sustituyó a aquélla. El último sueldo devengado, en 31 de marzo de 1972, fue de \$ 180.00 mensuales.

La demanda no fue contestada, aun cuando en la primera audiencia el apoderado de la sociedad demandada manifestó que respecto a los hechos se atenía a lo

que había manifestado al absolver posiciones y a las pruebas pertinentes.

El Juez del conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla, en sentencia de veintiuno de septiembre de mil novecientos setenta y dos condenó a Naviera Fluvial Colombiana S. A., a pagar a Edgardo Manotas Wilches la suma de \$ 4.860.00 por concepto de auxilio de cesantía, y \$ 519.00 mensuales a partir del 1º de abril de 1972, por concepto de jubilación. No hizo condena en costas.

Apeló el apoderado de la sociedad demandada. La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla decidió la apelación en sentencia de siete de diciembre de mil novecientos setenta y dos, por medio de la cual confirmó la de primer grado, sin condena en las costas de la instancia.

Recurrió en casación Naviera Fluvial Colombiana S. A. concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, el recurso se decidirá previo estudio de la demanda de casación y de la réplica del opositor.

El recurso

Con fundamento en la causal primera de casación el apoderado de Naviera Fluvial Colombiana S. A. formula tres cargos y en cada uno de ellos señala el alcance de la

impugnación. Las acusaciones se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"El Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, al dictar la sentencia del 7 de diciembre de 1972 en el citado proceso ordinario laboral violó indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 5º, 22, 23, 24, 67, 69, 249 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia de los manifiestos errores de hecho y los de derecho en que incurrió al apreciar el certificado de la Cámara de Comercio de Barranquilla, la carta del 6 de febrero de 1945 y la absolución de posiciones del apoderado de la demandada y al suponer hechos cuya prueba no se allegó al proceso. Por la infracción de los artículos 176, 177, 187, 195, 197, 264 y 265 del Código de Procedimiento Civil, como violación medio, el fallador de segunda instancia aplicó indebidamente aquellas disposiciones sustanciales".

Afirma el recurrente que el fallador de segunda instancia da por demostrado, sin que ello sea cierto ni exista prueba alguna, "Que el actor prestó sus servicios de modo permanente a Naviera Fluvial Colombiana S. A., desde el 1º de febrero de 1945 hasta el 31 de marzo de 1972; Que el doctor Manotas Wilches estuvo subordinado, por el mismo lapso, a Naviera Fluvial Colombiana S. A.; Que la misma empresa le pagó una remuneración mensual de \$ 180.00 durante dicho período; Que Naviera Fluvial Colombiana S. A. sustituyó a "Naviera Colombiana"; Que el supuesto contrato de trabajo terminó el 31 de marzo de 1972. En síntesis, se dio por demostrado el contrato de trabajo entre Naviera Fluvial Colombiana S. A. y el doctor Manotas Wilches, o la existencia de una relación laboral entre las mismas partes por 27 años y dos meses". En otro lugar de la acusación dice: "Los errores de hecho del Tribunal son evidentes cuando da por demostrado: a) Que el actor prestó sus servicios a "Naviera Colombiana" y estuvo subordinada a dicha sociedad hasta la fecha de constitución de 'Naviera Fluvial Colombiana S. A.'; b) Que el actor inició la prestación de sus servicios personales y estuvo subordinado a 'Naviera Fluvial Colombiana S. A.' desde el 29 de abril de 1955 y desde esta fecha re-

cibió remuneración por sus servicios, y c) Que hubo sustitución patronal. Los errores de derecho en que incurrió el ad quem consisten en haber dado por demostrado la existencia y representación legal de 'Naviera Colombiana' y la sustitución patronal por medio de pruebas que no son idóneas ni admisibles para probar tales extremos; las mismas respuestas del doctor Escudero están demostrando que 'Naviera Colombiana' continuó desarrollando su objeto social en forma simultánea con 'Naviera Fluvial Colombiana S. A.' Como no se demostró la sustitución patronal, ni que 'Naviera Colombiana' hubiera sido socio y aportado sus negocios y flota a 'Naviera Fluvial Colombiana S. A.', no puede concluirse que el actor, sin solución de continuidad, hubiera pasado a prestar sus servicios bajo la inmediata dependencia y subordinación de esta última sociedad desde la fecha en que fue constituida".

Como pruebas indebidamente apreciadas señala la demanda extraordinaria las siguientes: a) La carta del 6 de febrero de 1945, firmada por el señor Ramón González a nombre de "Naviera Colombiana" (folio 4, Cuaderno 1); b) La copia de la absolución de posiciones del doctor Carlos Escudero (folios 7, 8 y 9, Cuaderno Nº 1); c) El certificado de la Cámara de Comercio de Barranquilla (folios 5 y 6, Cuaderno Nº 1)".

Analiza el casacionista las pruebas anteriores, señalando los errores de apreciación que según su criterio cometió el Tribunal Superior y que lo llevaron a incurrir en los errores de hecho indicados.

Se refiere luego a la incidencia de tales errores en la violación de las normas enunciadas en la formulación del cargo cuyo alcance de la impugnación concretó así: "Al formular este primer cargo pretendo que la Sala de Casación Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia case totalmente la sentencia de la fecha y procedencia indicadas y que, obrando como Tribunal de instancia, revoque la dictada por el señor Juez Cuarto del Circuito Laboral de Barranquilla de fecha 21 de octubre de 1972 y en su lugar absuelva a la sociedad Naviera Fluvial Colombiana S. A. y condene en costas al demandante".

El opositor se refiere a las pruebas que el recurrente considera como erróneamente apreciadas por el fallador de segunda ins-

tancia y llega a la conclusión de que ellas sí demuestran la sustitución patronal entre Naviera Colombiana y Naviera Fluvial Colombiana S. A. y la prestación de servicios a ambas por un período mayor de veinte años.

Se considera

En relación con el tiempo servido por el demandante, dijo el Tribunal Superior:

"De los distintos documentos aportados al proceso como prueba se desprende que según carta obrante a folio 4 reconocida como cierta por el apoderado de la demandada, del 1º de febrero de 1945, arranca el tiempo de servicio, pues en la cual se le notifica al abogado asesor que su sueldo quedará aumentado desde el 1º de febrero de 1945 'de manera permanente', y como por otra parte en la absolución de posiciones del apoderado de la demandada confiesa que es cierto que el cheque en fotocopia que se le puso de presente correspondía al pago de ciento ochenta pesos mensuales del mes de marzo de 1972 como abogado de la demandada (Fl. 7), está indicando todo lo anterior que sí está demostrado que el doctor Manotas Wilches laboró al servicio de la demandada desde el 1º de febrero de 1945 al 31 de marzo de 1972".

El fallador de segunda instancia, aun cuando en forma demasiado simplista, apoya su decisión en las pruebas que el casacionista señala como erróneamente apreciadas, estando por este aspecto técnicamente formulado el cargo.

Aun cuando el Tribunal Superior no expresa en forma clara con fundamento en qué normas laborales acumuló el tiempo de servicios prestados por el demandante a Naviera Colombiana al que últimamente prestó a Naviera Fluvial Colombiana S. A., debe entenderse que a ello procedió porque consideró que se produjo una sustitución de patronos entre las dos empresas, pues así se planteó en la demanda y a esa conclusión llegó el juez de primer grado, como también lo estima el recurrente en casación cuando indica como uno de los errores de hecho atribuidos al ad quem, el de haber dado por demostrado que hubo sustitución patronal, error fáctico cuya existencia o inexistencia se estudiará en primer término, por razones de método.

Al absolver posiciones antes del juicio el doctor Carlos Escudero, apoderado del Gerente de Naviera Fluvial Colombiana, con facultad para absolverlas, manifestó lo siguiente al contestar la posición 5ª, que también se transcribe: "Diga el declarante cómo es cierto y yo lo afirmo que la Naviera Fluvial Colombiana S. A., constituida por escritura pública 900, de 29 de abril de 1955, de la Notaría Segunda de Medellín, continuó explotando los negocios de Naviera Colombiana, sin que entre una y otra Naviera hubiera habido solución de continuidad? Contestó: Es cierto que Naviera Fluvial Colombiana se constituyó en el año de 1955 por varios socios entre ellos Naviera Colombiana S. A., empresa que posteriormente fue liquidada y que aportó a la nueva sociedad su flota y su negocio de transporte, negocio que continuó explotando la sociedad nueva". Al contestar la posición cuarta aceptó que era cierta la carta de fecha de seis de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco enviada por el señor Ramón González al doctor Edgardo Manotas Wilches.

El recurrente considera mal apreciada la confesión contenida en el párrafo transcrito, por cuanto el doctor Escudero, como apoderado de "Naviera Fluvial Colombiana S. A.", no podía confesar a nombre de Naviera Colombiana, sociedad distinta, por no tener capacidad y poder dispositivo sobre lo confesado. "Si aceptó ser cierta —continúa el casacionista— la carta del 6 de febrero de 1945, ello no acarrea obligación o responsabilidad alguna para "Naviera Fluvial Colombiana S. A.", y si afirmó que "Naviera Colombiana" fue socio de "Naviera Fluvial Colombiana S. A.", que aquella fue liquidada en fecha posterior a la de constitución de ésta y aportó sus negocios y su flota a "Naviera Fluvial Colombiana S. A.", tal confesión no puede suplir la prueba solemne (Art. 40, Ley 28 de 1931 y Art. 117 del Código de Comercio) sobre la existencia y representación de sociedades anónimas, liquidación de las mismas, nombre, denominación o razón social de los socios constituyentes de una sociedad anónima, aparte de una flota, que requiera de escritura pública y competente registro (artículo 18. C. de Co. Marítimo, artículo 2º, Ley 35 de 1875)".

Ahora bien: de acuerdo con el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, hay sustitución de patronos cuando se presenta un cambio de patronos, la continuidad de la empresa y la continuidad del trabajador en el servicio. El cambio de un patrón por otro puede ser por cualquier causa: venta, arrendamiento, cambio de razón social, etc., y de una persona natural por otra natural o jurídica, o de una persona jurídica por otra jurídica o natural. La continuidad de la empresa se refiere a lo esencial de las actividades que venía desarrollando, y la continuidad del trabajador o su permanencia en la empresa cuando se produce el cambio con la subsiguiente prestación de los mismos servicios al nuevo patrono.

Los hechos anteriores, que constituyen los requisitos para que opere la sustitución de patronos, son susceptibles de demostrarse con los medios probatorios señalados en la ley. Si la sustitución se produce por la venta de la empresa, no es tal acto jurídico. lo que ha de probarse, sino el hecho de que al frente de la empresa hay un patrono distinto al anterior que es ante el trabajador nuevo sujeto del vínculo contractual: y así como no es necesario demostrar el título que tiene el patrono sobre la empresa-propietario, arrendador etc., cuando se pretende acreditar la existencia de un contrato de trabajo, tampoco debe exigirse respecto del nuevo patrono la demostración de cómo adquirió tal calidad, porque ese es un acto por lo general indiferente para el trabajador, sujeto invariable del contrato de trabajo que no se ha extinguido.

Lo mismo puede afirmarse respecto a la continuidad de la empresa, que es un hecho demostrable con cualquier medio probatorio, porque no se trata de probar la existencia de las personas jurídicas que se sustituyen, sino que la unidad de explotación económica continúa en sus elementos esenciales a pesar del cambio del titular de la misma.

En la absolución de posiciones el apoderado de la sociedad demandada, quien tenía poder para absolverlas, confesó que Naviera Fluvial Colombiana S. A. continuó explotando el negocio de transporte que venía siendo explotado por Naviera Colombiana, entidad que aportó su flota a la nueva sociedad. Es decir, que aceptó el otro elemento de la sustitución de patrono, por cuanto

reconoció que la sociedad demandada continuó la misma actividad, al menos en el ramo de transporte, que venía realizando Naviera Colombiana, que era el anterior titular de la explotación económica. La confesión de este hecho no perjudica a Naviera Colombiana en cuyo nombre no podía confesar el apoderado de Naviera Fluvial Colombiana S. A., porque es la aceptación de un hecho que únicamente produce efectos contra su poderdante, pues al acreditarse la sustitución patronal, es la sociedad demandada la obligada al pago de las prestaciones que se solicitan en el juicio.

El recurrente acusa la comisión de errores de derecho por cuanto considera que el fallador de segunda instancia dio por demostrada la existencia de Naviera Colombiana y su liquidación, así como el aporte que ésta hizo de la flota, en su calidad de socio, a Naviera Fluvial Colombiana S. A. con pruebas distintas a las exigidas por los artículos 40 de la Ley 28 de 1931, 117 del Código de Comercio y 18 del Código de Comercio Marítimo, artículo 2º de la Ley 35 de 1875. Pero como ya se dijo, no se trata de acreditar dichos actos que indudablemente exigen pruebas ad substantiam, sino de demostrar la sustitución patronal, lo que puede hacerse con los medios probatorios señalados en la ley. pues para los hechos que configuran el fenómeno no se exige la prueba ad substantiam actus, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia.

La carta de 6 de febrero de 1945, aceptada como cierta por el doctor Carlos Escudero en su respuesta al interrogatorio que le fue formulado, se refiere a la remuneración de \$ 180.00 mensuales que se obligó a pagar la sociedad "Naviera Colombiana" al doctor Edmundo Manotas Wilches a partir del 1º de febrero de 1945. Para el recurrente esta prueba fue erróneamente apreciada por el Tribunal Superior al considerar a Naviera Fluvial Colombiana S. A., persona distinta de Naviera Colombiana, y que el anoderado de aquella sociedad tenía capacidad y poder dispositivo para confesar a nombre de Naviera Colombiana, infringiendo así los artículos 195 y 197 del Código de Procedimiento Civil.

Respecto a la objeción anterior hay que anotar, como ya se hizo anteriormente, que al aceptar el apoderado de Naviera Fluvial

Colombiana S. A. que el demandante comenzó a prestar sus servicios a Naviera Colombiana el 1º de febrero de 1945, ese hecho perjudica a la sociedad demandada y no a Naviera Colombiana, dado el fenómeno de la sustitución patronal, y aun cuando dicha carta no prueba por sí misma la prestación de servicios subordinados a Naviera Fluvial Colombiana S. A. bien puede deducirse esa actividad de la absolución de posiciones, en donde el apoderado de la demandada reconoce que al doctor Edgardo Manotas Wilches se le pagó también en el mes de marzo de 1972 la misma remuneración señalada en la carta en mención por servicios iguales. Además, dada la forma evasiva como contestó la posición 3ª en la cual el demandante afirmó que durante el tiempo en que el absolvente ejerció la Gerencia de Naviera Fluvial Colombiana S. A. autorizó el pago de ciento ochenta pesos mensuales al doctor Edgardo Manotas Wilches como remuneración por sus servicios de abogado permanente de dicha empresa, aserción que fue contestada: "No tengo conocimiento de que los pagos sean autorizados por la gerencia; entiendo que los autoriza el auditor de la empresa", bien podían los falladores de instancia, sin incurrir en notorio error, presumir que era cierto el hecho preguntado, como lo permite el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil.

Al apreciar la carta de 6 de febrero de 1945 y las respuestas al interrogatorio que le fue sometido al apoderado de Naviera Fluvial Colombiana S. A. dentro de una sana crítica podía también deducir el fallador de segunda instancia que el doctor Edgardo Manotas Wilches prestó sus servicios a Naviera Colombiana y a Naviera Fluvial Colombiana S. A. desde el 1º de febrero de 1945 hasta el 31 de marzo de 1972 sin solución de continuidad, apoyándose además en la posición adoptada en el proceso por la sociedad demandada, que no negó enfáticamente los hechos de la demanda inicial y cuya única defensa en las instancias la fundamentó en que no se había demostrado la terminación del contrato de trabajo que existió entre las partes. Conclusión fáctica del Tribunal Superior que no contraría los principios científicos que informan las pruebas, ni la lógica, por lo cual no puede afirmarse que por aprecia-

ción errónea de ellas hubiese incurrido en un evidente error de hecho.

Respecto al certificado de la Cámara de Comercio dice el recurrente que esta prueba demuestra que la sociedad "Naviera Fluvial Colombiana S. A." se constituyó el 29 de abril de 1955 por escritura pública número 900 de la Notaría Segunda de Medellín, pero que de ella no se deduce la existencia ni la representación legal de Naviera Colombiana ni la sustitución patronal, porque en el documento no hay constancia sobre los socios constituyentes, ni sobre los aportes que se hicieron al constituirse Naviera Fluvial Colombiana S. A. Mas ya como se dijo, la existencia de la sociedad que inicialmente fue patrono del trabajador y la demostración sobre quiénes son los socios de la sociedad que posteriormente se convirtió en patrono y sobre los bienes que aportaron para constituir la no era indispensable que fuesen probados para concluir razonablemente que se operó la sustitución patronal.

No estando demostrados los errores de hecho y de derecho que el impugnador señala como existentes en el fallo recurrido, el cargo no prospera.

Segundo cargo

"Acuso la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla el 7 de diciembre de 1972. en el proceso ordinario laboral del doctor Edgardo Manotas Wilches contra Naviera Fluvial Colombiana S. A. de violar la ley sustancial laboral. Alcance de la impugnación. Pretendo con este segundo cargo, que la Sala Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia case totalmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla de la fecha y procedencia indicadas y que, en sede de instancia, modifique la que pronunció el señor Juez Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla, para limitar la condena por concepto de auxilio de cesantía a la cantidad que correspondía legalmente al tiempo de servicios que, por su eventual disponibilidad dentro de sus actividades profesionales, prestó el actor a la demandada y la absuelva en cuanto a la pensión de jubilación. Disposiciones violadas y concepto de la infracción. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla en el fallo acusado

violó indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 67, 69, 249 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió. Como infracción medio, violó también los artículos 195, 197, 264 y 265 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 18 del Código de Comercio Marítimo. Demostración del cargo. La sentencia da por demostrado, sin fundamento alguno para ello, que 'Naviera Fluvial Colombiana S. A.' substituyó a 'Naviera Colombiana' y, por consiguiente, que el demandante, sin solución de continuidad prestó sus servicios a la demandada con las mismas funciones y remuneración acordados con la sociedad extinguida, motivo por el cual, para liquidar la cesantía toma como fecha la iniciación del contrato el 1º de febrero de 1945 y no el 29 de abril de 1955, cuando se constituyó la sociedad demandada, además, que transcurrió el período legal exigido para que se decretara a favor del demandante la pensión de jubilación. Los errores de hecho y de derecho. El certificado de la Cámara de Comercio de Barranquilla (folios 5 y 6 del Cuaderno Nº 1) no demuestra la substitución patronal, ni que 'Naviera Colombiana' hubiera participado como socio en la constitución de 'Naviera Fluvial Colombiana S. A.', ni menos aún que le hubiera enajenado, a título traslativo de dominio, su flota y sus negocios tal certificado sólo prueba la constitución de la sociedad 'Naviera Fluvial Colombiana S. A.', el 29 de abril de 1955, por escritura pública número 900 de la Notaría Segunda de Medellín. La absolución de posiciones del apoderado especial de 'Naviera Fluvial Colombiana S. A.' no es prueba suficiente ni idónea para demostrar la substitución patronal en todos los extremos. Por consiguiente, aceptando que el demandante hubiera prestado sus servicios a 'Naviera Fluvial Colombiana S. A.' hasta el 31 de marzo de 1972, con una remuneración mensual de \$ 180.00, al no haberse probado legalmente la substitución patronal, el tiempo que debe tomarse para liquidación del auxilio de cesantía no puede ser otro distinto que el transcurrido desde la fecha de su constitución, o sea desde el 20 de abril de 1955, lo que arroja un lapso de 16 años, 11 meses y 2 días. Como el Tribunal, suponiendo la

prueba de la substitución patronal, le liquidó la cesantía, desde el 1º de febrero de 1945, infringió los artículos 67, 69 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo, al aplicar los dos primeros a hechos no acreditados en el proceso y el tercero a un período más extenso que el demostrado. Por otra parte, como no se demostró la substitución patronal, la existencia de 'Naviera Colombiana' y que el actor hubiera prestado sus servicios a dicha sociedad hasta la fecha de constitución de 'Naviera Fluvial Colombiana S. A.' ni que el mismo demandante hubiera continuado prestando los servicios a esta sociedad desde el 29 de abril de 1955, fecha de su constitución, en consecuencia, no se acreditó el tiempo de servicios no inferior a veinte años para decretar el pago de la pensión de jubilación. Por ello, debe casarse la sentencia del Tribunal y modificarse la del Juez Cuarto Laboral para reducir la condena por concepto de cesantía a la que corresponde el tiempo de servicios, y absolver respecto a la pensión de jubilación por no haber transcurrido los veinte años desde la fecha de constitución de 'Naviera Fluvial Colombiana S. A.' que deben contarse a partir del 29 de abril de 1955".

Se considera

La absolución del apoderado especial de "Naviera Fluvial Colombiana S. A." demuestra el cambio de patronos, porque, como ya se dijo al estudiar el cargo anterior, el absolvente confesó que Naviera Fluvial Colombiana continuó con el negocio de transportes que venía realizando Naviera Colombiana, en la misma flota. Y respecto a la prestación de servicios del demandante a Naviera Colombiana, el Tribunal Superior se apoyó en la carta de 6 de febrero de 1945, documento que en este cargo no ha sido señalado como apreciado erróneamente, lo que hace que la acusación sea incompleta. Respecto al certificado de la Cámara de Comercio, si bien no demuestra la substitución de patronos, tampoco la desvirtúa.

Al no haberse demostrado el error de hecho que se le imputa al fallador de segunda instancia, el cargo no prospera.

Tercer cargo

“La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla, por intermedio de su Sala Laboral, de fecha 7 de diciembre de 1972, en el proceso ordinario del actor Edgardo Manotas Wilches contra ‘Naviera Fluvial Colombiana S. A.’ viola la ley sustancial laboral. Alcance de la impugnación. Con este cargo persigo que la honorable Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia case la sentencia de la fecha y procedencia ya indicadas y que, en sede de instancia, reforme la dictada por el señor Juez Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla el 29 de octubre de 1972, en el sentido de reducir la pensión de jubilación a la suma de \$ 180.00 mensuales. Disposiciones violadas y concepto de la infracción. La sentencia que acuso ante la honorable Corte Suprema de Justicia infringe, por interpretación errónea, los artículos 145 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 2º de la Ley 7ª de 1967. Demostración del cargo. El Acuerdo número 1 de 1969 del Consejo Nacional de Salarios, aprobado por el Decreto 1233 de 1969 en sus artículos 2º a 7º fija ‘el monto del salario mínimo legal diario’ y en el 8º dispone que ellos ‘rigen para los trabajadores que laboren la jornada ordinaria de trabajo’, siendo más explícito en su inciso segundo que ordena: ‘En los casos no contemplados en el inciso anterior se pagarán los salarios mínimos en proporción al número de horas trabajadas. El artículo 2º de la Ley 7ª de 1967 establece: ‘En ningún caso las pensiones plenas de jubilación o de invalidez consagradas legalmente a favor de los trabajadores particulares serán inferiores al salario mínimo legal más alto, vigente en la capital de la República’. La misma expresión ‘pensiones plenas de jubilación’, se repite en el artículo 3º del Decreto 426 de 1968 reglamentario de la misma ley. Otro decreto reglamentario de la Ley 7ª de 1967, el número 163 de 1972 sobre la reserva y deducción que se autorizan para garantizar el pago de futuras pensiones de jubilación, tiene en cuenta el salario mensual, sin referencia alguna al mínimo legal. En el supuesto de que la interpretación del Tribunal fuera la acertada, se crearía una carga imprevista para las empresas que no habrían calculado la respectiva reserva para atender a las jubilaciones de

aquellos trabajadores que sólo laboran parte de la jornada ordinaria, reserva que tampoco autorizan la Superintendencia de Sociedades ni la División de Impuestos Nacionales. La pensión de jubilación es una prestación social que tiene como fundamento el tiempo de servicio y el salario devengado. Las expresiones de la Ley 7ª de 1967 y de sus Decretos reglamentarios números 428 de 1968 y 163 de 1972 y las disposiciones del Decreto 1233 de 1969 sobre salario mínimo son muy claras. Ello permite concluir, de modo necesario, que el salario que se debe tomar en consideración para fijar la pensión de jubilación es el que realmente haya recibido el trabajador cuando no ha laborado la jornada ordinaria de trabajo, máxime en el caso de la sentencia que se refiere a la simple disponibilidad de los servicios profesionales de un abogado asesor, sin sujeción a horario, órdenes, jornada de trabajo, etc. La anterior interpretación no pugna con la redacción del artículo 6º del Decreto 435 de 1971 en el cual se omitió la expresión ‘plena’ al referirse a las pensiones de jubilación, deficiencia que sólo puede imputarse a error en el texto, porque la ley reglamentada no podía restringirse en su contenido y alcance por medio del reglamento. Lo anterior está demostrando que el Tribunal Superior de Barranquilla, en el fallo acusado, interpretó erróneamente los artículos 145, y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y el artículo 2º de la Ley 7ª de 1967, al disponer que la pensión de jubilación que debe pagarse al doctor Manotas Wilches es la que corresponde al salario mínimo más alto vigente en Bogotá, o sean \$ 519.00, como si se tratara de una pensión ‘plena’ de jubilación, es decir, la señalada al trabajador que ha laborado la jornada ordinaria, haciendo caso omiso de lo dispuesto en los Decretos 428, de 1968, 1233 de 1969 y 163 de 1972. Si se aceptara la interpretación del Tribunal, se llegaría al absurdo de obligar al pago de una pensión plena de jubilación, equivalente al salario mínimo legal más alto vigente en Bogotá, a aquellos trabajadores que como los contadores, aseadores, etc., sólo prestan sus servicios durante muy pocas horas y reciben una remuneración inferior al salario mínimo. Del mismo modo, si la interpretación del Tribunal fuera la correcta, habría contradicción y falta de lógica en la sentencia,

pues de una parte se ha liquidado la cesantía con base en la remuneración de \$ 180.00 y para la pensión se ha tomado en cuenta el salario mínimo legal para la jornada ordinaria. La interpretación errónea dada por el Tribunal Superior de Barranquilla a las normas sustanciales que se han citado, implican su infracción y por ello debe casarse la sentencia del 7 de diciembre de 1972 y modificarse la del 29 de octubre del mismo año dictada por el señor Juez Cuarto de Barranquilla el 29 de octubre de 1972, para reducir la condena por jubilación a la cuantía que resulte de la remuneración por \$ 180.00 mensuales".

Se considera

Cuando se acusa un fallo de ser violatorio de la ley por interpretación errónea es necesario que el impugnador y el sentenciador estén de acuerdo sobre los hechos a los cuales se aplicó la norma que se considera erróneamente interpretada. En la sentencia impugnada nada se dice sobre la jornada de trabajo del doctor Edgardo Manotas Wilches, ni esto fue materia de discusión. Si ahora se afirma por el recurrente

que esa jornada era inferior a la mínima legal, se introduce una cuestión fáctica en la acusación, lo que es improbable con el concepto de violación escogido como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia.

El defecto de técnica anotado impide el estudio a fondo del cargo, que en consecuencia no prospera.

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 el siete de diciembre de mil novecientos setenta y dos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial, y devuélvase al Tribunal de origen.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DOCUMENTO PUBLICO

Los documentos públicos en general, son los otorgados por funcionario público en ejercicio de su cargo, o con su intervención (Arts. 251 y 252, C. de P. C.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., siete de septiembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

El señor Jaime Botero Perdomo, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria laboral de mayor cuantía contra la Nación (Ministerio de Obras Públicas) con la finalidad de obtener el pago de: cesantía, prima de Navidad, indemnización por lucro cesante, perjuicios morales y materiales, e indemnización moratoria.

Como hechos fundamentales de su demanda expuso el apoderado del actor que: Jaime Botero Perdomo, trabajó al servicio de la Nación (Ministerio de Obras Públicas) como Pagador III, Grado 6, Nivel B, en la Carretera Troncal de Occidente, Sector Medellín-Tarazá-Caucasia, del Distrito de Obras Públicas Nacionales de Antioquia, en obras de construcción y conservación de carreteras desde el 1º de diciembre de 1961 hasta el 27 de abril de 1962, devengando como último salario la suma de \$ 840.00 mensuales.

Que fue despedido conforme a Resolución número 159 de 27 de abril de 1962 dictada por el Visitador Instructor de la Contraloría General de la República por el posible delito de peculado culposo y falsedad, de lo cual fue posteriormente sobreseído.

Que no se le ha pagado el valor de la cesantía, prima de Navidad ni demás peticiones de la demanda.

Que se le causaron con el despido perjuicios morales y materiales y finalmente que: el Jefe del Distrito de Antioquia, Director de la Carretera Medellín-Tarazá-Cauca-

sia, conceptuó que el reintegro no era posible mientras no fuera sobreseído definitivamente y que después del sobreseimiento se le comunicó que la Dirección del Ministerio de Obras Públicas había resuelto que nada se podía hacer..., etc.

El Procurador del Distrito Judicial de Bogotá respondió la demanda, se opuso a lo sustancial de la acción, negó los hechos por no constarle y se remitió a la prueba.

Manifestó además que, proponía la excepción de declinatoria de jurisdicción porque el demandante no estuvo ligado por contrato de trabajo sino que su vinculación provino de decretos, resoluciones y actos administrativos y por lo que consideró que era la jurisdicción contencioso administrativa la que podía conocer de los conflictos correspondientes.

Propuso además las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción.

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, decidió el asunto en primera instancia con fallo de veintisiete de septiembre de mil novecientos setenta y dos por el que resolvió:

“Primero. Condenar a la Nación, Ministerio de Obras Públicas, a pagar al demandante Jaime Botero Perdomo, de las condiciones civiles anotadas en autos, tres días después de la ejecutoria de esta providencia, las siguientes cantidades:

“a) Trescientos cuarenta pesos con cincuenta y ocho centavos (\$ 340.58) moneda corriente, por concepto de cesantía;

“b) Novecientos noventa y dos pesos (\$ 992.00) moneda corriente, por concepto de lucro cesante;

“c) Veintiocho pesos (\$ 28.00) moneda corriente diarios a partir del día treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos sesen-

ta y seis (1966), y hasta cuando se paguen al actor sus acreencias laborales.

“Segundo. Declarar legalmente probada la excepción de prescripción, en relación con la prima de Navidad solicitada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“Tercero. Declarar no probada la excepción de prescripción, en relación a las demás peticiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“Cuarto. Absolver a la Nación, Ministerio de Obras Públicas, de las demás peticiones que le fueron formuladas en la demanda...”

Subió el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en grado de consulta, y esta entidad por medio de sentencia de treinta de noviembre último revocó el fallo consultado y absolvió a la parte demandada de todos los cargos de la demanda.

Contra esa sentencia interpuso recurso de casación la parte demandante, concedido éste y admitido aquí por la Sala, fue presentada en tiempo la demanda y asimismo oportunamente la réplica de la opositora y con el estudio de una y otra se procede a decidir.

La demanda

Alcance de la impugnación

Dice el casacionista:

“Se concreta a obtener que la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, case totalmente la sentencia recurrida y que, constituida en Tribunal de instancia, confirme la sentencia consultada que dictó el juzgador de primera instancia.

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en ella formula los siguientes cargos:

Primer cargo

“La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1º, 11 y 17 literal a) de la Ley 6ª de 1945; los artículos 1º de la Ley 65 de 1946, 1º de la Ley 38 del mismo año y 1º del Decreto 797 de 1949; y los artículos 4º, 5º, 37, 40, 43, 47 y 51 del Decreto 2127 de 1945, todo en relación con los artículos 194 y 195 del Código de Procedimiento Civil, 1758 del

Código Civil y 61 del Código de Procedimiento Laboral, que también se aplicaron indebidamente. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por errónea apreciación de la prueba de confesión contenida en el escrito que obra a folio 48 del expediente”.

Lo sustenta el casacionista con las siguientes argumentaciones que en sus apartes más destacados se transcriben:

“Los errores evidentes de hecho consisten:

“1º En no dar por demostrado, siendo toda una evidencia, que el demandante prestó sus servicios a la entidad demandada trabajando en la construcción y sostenimiento de una obra pública.

“2º En considerar que los servicios prestados por el demandante, por razón del cargo desempeñado, no podían serlo como trabajador de la construcción y sostenimiento de una obra pública.

“3º En concluir, siendo todo lo contrario, que el demandante mientras prestó sus servicios a la entidad demandada como Pagador en la construcción y sostenimiento de la Carretera Troncal de Occidente, Sector Medellín-Tarazá-Caucasia, no estuvo vinculado por un contrato ficto de trabajo.

“4º En concluir, consecencialmente, y también en forma equivocada y contraria a la realidad, que el demandante no tiene derecho a la cesantía definitiva, lucro cesante por despido e indemnización moratoria a que condenó el juzgador de primera instancia, por lo cual revocó la sentencia consultada.

“El Tribunal apreció equivocadamente el escrito o probanza de folio 48, porque niega o desconoce la confesión de parte que él contiene. No tuvo en cuenta que se trata de un escrito que proviene de la parte demandada, aducido en un proceso laboral en el cual la condición de entidad de derecho público con que ésta comparece, no le quita su carácter de parte. Es bajo esta calidad, como cualquier otra persona a quien se califica o demanda como patrono, que actúa en el litigio. Dicho escrito no se acompañó con el libelo del mandatario, sino que se produjo por decreto y solicitud del juzgador (Fls. 43 y 48 v.). El juzgado del conocimiento dispuso oficiar al Jefe del Distrito de Obras Públicas número 1 de Medellín, para que previa revisión de planillas

y documentos certificara sobre determinados hechos, entre ellos, el relativo a si el demandante trabajó en la construcción y sostenimiento de una determinada obra pública: la carretera troncal de Occidente, Sector Medellín-Tarazá-Caucasia. Y es en respuesta al cuestionario del oficio número 546 que dirigió el Juzgado, que el Delegado Administrativo del Distrito de Conservación número 1 del Ministerio de Obras Públicas informa sobre el tiempo de servicio y salario devengado por el demandante, como también que 'Es cierto que dicho señor trabajó en la construcción y sostenimiento de la Carretera Medellín-Tarazá-Caucasia'.

"Ese escrito contiene, como fácilmente se observa, una confesión provocada en virtud de interrogatorio del juez, o de la parte demandante si se quiere, pero al fin de fines, probatoriamente una confesión. No es una confesión espontánea, que no tendría valor al tenor del artículo 199 del Código de Procedimiento Civil, norma que también señalo como infringida indirectamente. Es una típica confesión judicial provocada, como que medió interrogatorio, se hizo a un juez en ejercicio de sus funciones, versa sobre hechos que producen consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorecen a la parte contraria, recae sobre hechos respecto de los cuales la ley no exige otro medio de prueba, es expresa, consciente y libre, y se hizo por funcionario que tiene conocimiento de los hechos confesados. Y no por cualquier funcionario, sino, nada menos que por el Delegado Administrativo del Distrito de Conservación de Obras Públicas número 1 del Ministerio de Obras Públicas, quien según el artículo 5º del Decreto 2127 de 1945 tiene, en el peor de los casos, el carácter de representante del patrono demandado, hecho o calidad que jamás se ha discutido.

"Por desconocerle a tal probanza su índole de confesión, se violaron indirectamente los artículos 194, 195 y 199 del Código de Procedimiento Civil, que definen esta prueba, señalan sus requisitos y la permiten en los procesos en que actúan entidades de derecho público. También se quebrantó el artículo 1758 del Código Civil, aplicándolo indebidamente, porque el escrito visible a folio 48, no es ni tiene la cali-

dad de instrumento público; carece de partes enunciativa y dispositiva; no es prueba de ningún acto jurídico, por lo que debe colegirse que se violó también el artículo 1759 del Código precitado. Se trata simplemente de un escrito contentivo de una evidéntísima confesión judicial que, por desconocerse, implica transgresión indirecta del artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral, que si bien desecha en los procesos laborales la tarifa legal de pruebas, no permite que los medios probatorios se confundan por haberles dado una estructura diferente.

"Debido a la equivocada apreciación de dicha prueba, el Tribunal incurrió en el error de hecho evidéntísimo de no dar por demostrado, estándolo plenamente, que el demandante laboró como Pagador 'en la construcción y sostenimiento de la Carretera Medellín-Tarazá-Caucasia', que es una obra pública, como que el Ministerio de Obras no puede construir ni conservar obras privadas. Y sin este error de hecho, no habría violado indirectamente los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945 y 4º del Decreto 2127 de 1945 que, en su orden, definen cuándo hay contrato de trabajo con la administración pública y claramente precisan que, excepcionalmente, uno de esos casos es cuando 'se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas'. Ciertamente es que 'las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contrato de trabajo y se rigen por leyes especiales', pero no lo es menos que la misma norma consagra que sí lo constituyen cuando 'se trate de la construcción o sostenimiento de las obras' (subraya el recurrente).

"También por esa mala apreciación de la prueba se incurre en el error ostensible de hecho de considerar que los servicios prestados por el demandante, por razón del cargo desempeñado, no podían serlo como trabajador de la construcción y sostenimiento de una obra pública. Y para ello se echa mano —desconociendo la evidencia que arroja una confesión de parte—, de una norma anticuada y no taxativa sobre quienes son trabajadores de la construcción, y de un personal y equivocado criterio para excluir al pagador de una obra pública como tra-

bajador adscrito al sostenimiento de la misma. Ciertamente que el artículo 1º de la Ley 38 de 1946 define a quienes considera como trabajadores de la construcción, pero la definición no es taxativa sino meramente enunciativa, o, al menos, deben considerarse como tales al personal adscrito a la ejecución de las obras que la norma señala. Es anticuada actualmente dicha disposición porque no comprende a trabajadores que normalmente lo son de la construcción o están vinculados a ella, sobre todo si se trata de la construcción de obras públicas, todas de costo elevadísimo y duración prolongada. No comprende, por vía de ejemplo, a los ingenieros residentes ni a las cocineras de campamentos, a los herramienteros ni a los almacenistas, a los contadores ni a los pagadores, no obstante que pueden estar y en la práctica están vinculados a una determinada obra pública. Por lo demás, no debe perderse de vista que frente a la vigencia de los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945 y 4º del Decreto 2127 de 1945, para que 'las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional' constituyan contrato de trabajo, basta que se trate de personal adscrito a la construcción o sostenimiento de las obras públicas, sin hacer distinción entre trabajador u obrero y empleado. Que esto es así, lo confirman analógicamente varias disposiciones, entre ellas, el Decreto 3158 de 1953 cuando en su artículo único dice: 'Los empleados y obreros de obras que se ejecutan por cuenta de entidades públicas mediante contrato de administración delegada, son trabajadores oficiales y por consiguiente están sometidos en sus relaciones laborales a las disposiciones que rigen para los trabajadores oficiales'."

Se estudia el cargo

El fallador de segundo grado en la sentencia acusada se pronunció de la siguiente manera al estudiar la relación jurídico-contratual existente entre el demandante y la Nación, Ministerio de Obras Públicas.

"Como cuestión previa a cualquier consideración sobre el examen de los pedimentos del libelo, es necesario estudiar la naturaleza del vínculo jurídico que haya existido entre las partes en este proceso.

"En primer término se advierte que conforme a las fechas de ingreso y egreso del trabajador a prestar servicios a la Nación, Ministerio de Obras Públicas, diciembre 1º de 1961, abril 27 de 1962, el régimen legal aplicable a la situación jurídica concreta en el caso sub lite es el anterior a los Decretos 3130, 3135 de 1965 y 1848 de 1969, es decir, que se gobierna aquélla por las normas de la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y demás disposiciones concordantes sobre la materia vigentes con anterioridad al 27 de abril de 1962.

"Ahora bien, conforme a la doctrina y la jurisprudencia reiterada, la regla general es la de que las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo, por tanto las excepciones a esta regla deben ser demostradas y para ello la pauta a seguir la suministra el propio artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 que comienza enunciando la regla general, su tenor es como sigue: 'No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma'.

"Conforme a la premisa anterior, igualmente debe tenerse en cuenta que estos problemas de determinación de la naturaleza jurídica del vínculo jurídico que liga a un servidor oficial con la entidad respectiva está íntimamente ligado a cuestiones meramente fácticas, por tanto es menester atender a las nociones sobre carga probatoria, y es así como debe entenderse que en estos casos establecida la prestación de servicios a una de estas personas de derecho público, se arranca del punto de partida de la regla general sobre la calidad de empleado público y por tanto para destruir esta clase de presunción que se crea por virtud de dicho principio general, corresponde al trabajador probar que se halla amparado por cualquiera de las excepciones a que se contrae el ar-

título 4º del Decreto 2127 de 1945 y que de suyo, demostrando esta situación su nexo jurídico adquiere el carácter de contractual. Es decir, que, tiene sobre sí el peso de la carga de la prueba”.

Cita doctrina de la Corte el *ad quem* y más adelante agrega:

“De otra parte tampoco puede afirmarse sin previo examen de la situación fáctica en cada caso concreto, que un trabajador por el mero hecho de pertenecer, o depender del Ministerio de Obras Públicas, cualquiera por su ya condición (sic) de trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo a la administración pública, es decir, tal circunstancia por sí sola no prueba que el servicio prestado lo fue en la construcción o sostenimiento de las obras públicas, debe probarse fehacientemente la labor desempeñada como actividad inherente a la construcción o sostenimiento de las obras públicas.

“En cuanto a este mismo orden de ideas, se procede a examinar el material probatorio que ha obrado en el proceso *sub lite*. En efecto, en el informativo se encuentran las siguientes piezas: a) La copia auténtica de las providencias sobre sobreseimiento definitivo ‘tomadas del proceso penal número 6845 que por el delito de falsedad se adelantó en el Juzgado Quinto Superior de Medellín contra el señor doctor Alejandro Hoyos y otros...’ (Fls. 12-35); b) El escrito de contestación de la demanda (Fls. 38-39); c) Una copia de la providencia por medio de la cual fue suspendido en el ejercicio de sus funciones de pagador, ‘Perteneiente a la nómina de la Carretera Medellín-Caucasia’ al señor Jaime Botero Perdomo (Fl. 45); d) Una constancia del señor Oscar Pérez Pérez, Delegado Administrativo con un sello que dice: Ministerio de Obras Públicas, Distrito de Conservación número 1, sobre tiempo de servicios y sueldo devengado del demandante (Fl. 48), y e) Copias al carbón de respuestas a unas solicitudes de reintegro de las personas a quienes se suspendió en sus cargos entre las cuales se encuentra el demandante (Fls. 49 a 51) y la otra probanza que aparece en el proceso es la diligencia de inspección judicial cuya acta figura a folios 66 y 67 del expediente.

“De conformidad con los elementos inductorios enunciados precedentemente, la

única prueba atinente a la relación de trabajo que existió entre el demandante y la entidad demandada es el documento de folio 48, que para el juez a quo fue suficiente para deducir la existencia del contrato de trabajo, consistente en un informe expedido por el señor Oscar Pérez Pérez en respuesta al Oficio número 546 de julio 31 de 1970 expedido por el Juez Noveno Laboral del Circuito de Bogotá. En dicho documento se dice lo siguiente: ‘En respuesta al cuestionario del oficio número 546 de julio 31 de 1970 que antecede, informo lo siguiente: 1º es cierto que el señor Jaime Botero Perdomo trabajó en el Distrito de Obras Públicas antes Distrito de Obras Públicas Nacionales, como Pagador III, Grado 6, nivel B, en el tiempo comprendido entre el 1º de diciembre de 1961 y el 27 de abril de 1962, en la Carretera Troncal de Occidente, Sector Medellín-Tarazá-Caucasia. 2º Es cierto que el último sueldo que devengó el señor Botero P. fue de \$ 840.00. 3º Es cierto que dicho señor trabajó en la construcción y sostenimiento de la Carretera Medellín-Tarazá-Caucasia. Se anexan copias de los oficios N° 04-493 de abril 30 de 1963 y 04-090 de abril 4 de 1966 solicitados en el oficio 546 de Medellín, agosto 18 de 1970. Oscar Pérez Pérez, Delegado Administrativo y hay un sello que dice: ‘Ministerio de Obras Públicas. Distrito de Conservación número 1, Delegado Administrativo’.

“Estima la Sala para examinar el caso *sub lite*, recordar la definición legal aceptada aun por la doctrina y la jurisprudencia, que de trabajadores de la construcción trae la Ley 38 de 1946 en su artículo 1º, cuando dice: ‘Para los efectos de la Ley 61 de 1939, se entiende como trabajadores de la construcción a toda persona que a jornal, sueldo, destajo por tarea, ejecute obras de movilización de tierra; extracción de piedras, arena y cal, colocación de puertas y ventanas de hierro o madera y en general obras de esta misma índole; trabajos de plomería, latonería, pintura, decoración empapelado y jardinería, instalaciones eléctricas, sanitarias, aire acondicionado y refrigeración; demolición de edificios, reparaciones, reformas y reconstrucciones; construcción de alcantarillados, muros de contención, obras de mampostería, draga-

dos y pavimentaciones; trabajos de cante-
ra, vigilancia y dirección subalterna, siem-
pre y cuando que todos estos trabajos sean
inherentes a una obra determinada de cons-
trucción. En esta forma fuerza inferir que
cuando haya lugar a determinar si un tra-
bajador oficial es de la construcción, debe
acudirse al concepto legal transcrito que
por lo demás abarca una gran variedad de
actividades y dada su extensa clasificación
no puede censurársele de una definición
restrictiva que deje por fuera algunas si-
tuaciones jurídico-concretas claras de tra-
bajadores que laboren en actividades dis-
tintas a las enumeradas y que sean por
naturaleza inherentes a la construcción.

"Con la noción precedentemente expues-
ta, analizando el caso sub judice con la úni-
ca probanza que tiene alguna significación
indiciaria como lo es el documento de folio
48 cuyo contenido se ha transcrito ante-
riormente, *prima facie* puede deducirse que
el cargo desempeñado por el actor, de 'Pa-
gador III, Grado 6, Nivel B' no cabe dentro
de la definición de trabajador de construc-
ción acogida por la Sala, que se acaba de
examinar. Y en cuanto al desempeño de
labores de 'sostenimiento de las obras pú-
blicas, la actividad o labor desarrolladas
por un pagador, persona que maneja di-
neros públicos y que por tal comporta es-
pecial confianza para el Estado, propia de
los empleados públicos toda vez que el ma-
nejo de fondos del erario está sometido a
procedimientos de derecho público interno,
en manera alguna entiende el Tribunal que
pueda atribuirsele la calidad de trabajador
del sostenimiento de las obras públicas, ya
que si la función de pagar se equipara a la
de contribuir a dicho sostenimiento de las
obras públicas, podría llegarse al absurdo
de incluir dentro de esta nominación al Pa-
gador del Ministerio de Obras Públicas y
llevar al extremo inconcebible de imprir-
mirle carácter de contrato de trabajo a su
vinculación jurídica con el Estado.

"En tales circunstancias y como de otra
parte el documento de folio 48, a juicio de
la Sala no pasa de ser un simple informe
de un funcionario que aunque por la cali-
dad de público pueda reputarse en princi-
pio un instrumento público con sus consi-
guientes efectos de autenticidad, su certeza

legal no es clara ya que no es de presumir
que el Delegado Administrativo sea la per-
sona autorizada legalmente para expedir
certificaciones sobre hechos que haya per-
cibido con sus propios sentidos, vale decir,
que sea el funcionario competente para ex-
pedir esa clase de certificaciones o informes.
A propósito de este concepto, vale anotar el
criterio del profesor Antonio Rocha cuan-
do comentando el artículo 1758 del Código
Civil que define el instrumento público, di-
ce en su obra "De la prueba en derecho", lo
siguiente: 'Es importante anotar que no
cualquier empleado o funcionario público
puede ir certificando sobre lo que hace él
mismo o sus subordinados, y menos aún lo
que hacen sus superiores, pues toda fun-
ción o actividad pública está reglamentada
por la ley o emana directa o lógicamente
de ella, y, además, la forma normal de rela-
tarlas, a falta de atribución expresa, para
expedir una certificación, sería una decla-
ración jurada o juramentada ante juez
como cualquier particular' (De la prueba
en derecho, quinta edición, Pág. 464).

"Las nociones expuestas aplicables al es-
tudio de la prueba de folio 48, confirman
la tesis de esta Sala en torno al débil valor
de convicción que al documento en cita le
da el Tribunal, como para inferir la exis-
tencia de una relación contractual de tra-
bajo entre el demandante y la entidad de-
mandada, amén de las consideraciones de
fondo hechas anteriormente en punto a la
naturaleza jurídica del vínculo laboral que
pueda existir entre funcionario que maneja
dineros o fondos públicos, como lo es el
pagador y la administración pública.

"Todo lo expuesto lleva al Tribunal a con-
cluir que entre el actor y la entidad deman-
dada no existió un contrato de trabajo
razón para que deba absolverse a la deman-
dada de todas y cada una de las súplicas
de la demanda, revocando así la sentencia
consultada".

Consideraciones de la Corte

El razonamiento del sentenciador para
la conclusión absolutoria parte de la base
fundamental de que no puede considerarse
que hubo contrato de trabajo entre el señor
Jaime Botero Perdomo y la Nación, Minis-
terio de Obras Públicas, por cuanto aquél

como pagador, en razón de sus funciones, era empleado público y no trabajador oficial.

En cambio el actor del juicio sostiene que fue pagador III, Grado 6, nivel B y que en tales condiciones estuvo ligado al Ministerio de Obras Públicas en la construcción y conservación de carreteras —Carretera: Medellín-Tarazá-Caucasia— por lo que debe considerársele como vinculado por contrato de trabajo y no como empleado.

La censura expresa que el Tribunal incurrió en error en la apreciación de la prueba visible al folio 48, que lo llevó a la conclusión absolutoria, por cuanto negó o desconoció la confesión de parte que esa prueba contiene.

Observa la Corte que, el Tribunal para el estudio del caso concreto de que aquí se trata, enfocó el problema a la luz de la Ley 6ª de 1945 y del Decreto 2127 del mismo año en su artículo 4º, acordes con la época en que fue terminado el vínculo que existió entre el demandante y la parte demandada.

Ahora bien, en cuanto a la prueba estimada por el Tribunal, visible al folio 48, de donde concluyó que el señor Jaime Botero Perdomo como Pagador no fue trabajador oficial sino empleado, y que el casacionista considera mal apreciada, dice el ad quem: que, es un documento o un "simple informe de un funcionario que aunque por la calidad de público pueda reputarse en principio un instrumento público".

Indica la falta de certeza que a su juicio ofrece esa prueba y su carencia de fuerza demostrativa para poder derivar de ella que el demandante era un trabajador oficial; hace una comparación con los trabajadores de la construcción en general, y no obstante la carencia de capacidad demostrativa que señala a tal elemento probatorio, concluye con la misma fuente que el señor Botero Perdomo era un empleado y no un trabajador oficial.

Anota la Corte que, el casacionista como base estructural del ataque en este cargo que se examina, indica que el error fundamental en que se incurrió en la sentencia acusada, es el de no haber dado al informe expedido por el Delegado Administrativo que figura al folio 48, el valor de confesión que según el censor tal prueba tiene, y que

él llama confesión provocada por cuanto fue la resultante del interrogatorio del juez en el oficio en donde solicitó ese informe y acontece que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 199 del Código Procesal Civil vigente: "No vale la confesión espontánea de los representantes judiciales de la nación, los departamentos, las intendencias, las comisarias, los municipios y los establecimientos públicos".

Y el inciso segundo del mismo artículo dice que:

"Tampoco podrá provocarse confesión mediante interrogatorio de dichos representantes, ni de las personas que llevan la representación administrativa de tales entidades".

De forma que, aquella certificación o informe del Delegado Administrativo del Ministerio de Obras Públicas, de la dependencia oficial a que el informante se refiere, no puede estimarse ni como una confesión espontánea porque no lo es, ni provocada porque está vedado hacerlo.

Si, pues, el Tribunal no dio valor de confesión en uno u otro sentido a esa prueba, que es la fundamental en el ataque, no puede haber por ese aspecto error de ninguna naturaleza.

Por este aspecto, pues, el cargo no prospera.

Segundo cargo

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1º, 11 y 17, literal a) de la Ley 6ª de 1945; los artículos 1º de la Ley 65 de 1946, 1º de la Ley 38 del mismo año y 1º del Decreto 797 de 1949; y, los artículos 4º, 37, 43, 47 y 51 del Decreto 2127 de 1945, en relación con los artículos 251, 252 y 264 del Código de Procedimiento Civil y 1758 del Código Civil, que también se violaron indirectamente. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por equivocada apreciación del documento público que obra a folio 48 del expediente.

"Los errores evidentes de hecho consisten:

"1º En no dar por demostrado, siendo todo lo contrario, que el demandante prestó sus servicios a la entidad demandada trabajando en la construcción y sostenimiento de una obra pública.

"2º En considerar que los servicios prestados por el demandante, por razón del cargo desempeñado, no podían serlo como trabajador de la construcción y sostenimiento de una obra pública.

"3º En concluir, siendo todo lo contrario, que el demandante mientras prestó sus servicios a la entidad demandada como pagador de la construcción y sostenimiento de la Carretera Medellín-Tarazá-Caucasia, no estuvo vinculado por un contrato ficto de trabajo.

"4º En concluir, consecuencialmente, y también en forma equivocada, que el demandante no tiene derecho a la cesantía definitiva, lucro cesante por despido e indemnización moratoria a que condenó el juzgador de primera instancia, por lo cual revocó la sentencia consultada.

"El documento de folio 48 fue equivocadamente apreciado por el Tribunal, porque 'en principio' se le atribuye la calidad de instrumento público que no tiene razón por la cual se violó el artículo 1758 del Código Civil. Sabido es conforme al artículo 1759 del mismo Código —norma que también señaló como violada—, que ella contiene, según decir de la Corte, tres ordenamientos distintos: 'a) El relativo a la fuerza probatoria de la existencia del instrumento; b) El atinente a la verdad de sus declaraciones, y c) El que prevé la fuerza obligatoria de tales declaraciones' (Cas. septiembre 11 de 1953, G. J., LXXVI, Pág. 306). Ninguno de estos ordenamientos se encuentran en la documental examinada, precisamente porque no es un instrumento público. Se trata simplemente de un documento público, es decir, de un documento otorgado por funcionario público en ejercicio de sus funciones, calidad que desconoce el juzgador, por lo cual quebranta el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, que así lo define. Como documento público se presume auténtico y al tenor del artículo 264 del mismo Código de Procedimiento Civil, hace fe 'de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario' que lo autoriza. Como el Tribunal le niega tal alcance probatorio, quebrantó también esta última norma.

"Si hubiera apreciado correctamente la prueba habría concluido que se trata de un documento público, no sólo porque lo otor-

gó un funcionario público, circunstancia que no se atreve a negar el Tribunal, sino, también, porque aquél lo expidió en ejercicio de su cargo, circunstancia que pone en tela de juicio el juzgador. Pero no hay lugar a duda sobre esta última circunstancia, si se examina la forma cómo se produjo en el proceso la prueba. Por decreto y a solicitud del juzgado se dispuso librar oficio al Jefe del Distrito de Obras Públicas número 1 de Medellín para que, con base y previa revisión de planillas y documentos, certificara sobre determinados hechos. En cumplimiento de la orden judicial y para contestar el cuestionario que formuló el Juzgado, el Delegado Administrativo del Distrito de Conservación número 1 del Ministerio de Obras Públicas otorgó o expidió el documento de folio 48. Si otorgó o expidió el documento atendiendo la orden judicial, fue indudablemente porque entre sus funciones estaba el otorgarlo y lo hizo en ejercicio de su cargo. No se trata de un documento expedido por cualquier funcionario o conseguido sin indicar la finalidad probatoria que con él se buscaba; se expidió por el funcionario encargado de otorgarlo. Es un típico documento público que, por tener esa naturaleza, constituye prueba plena (no ha sido desvirtuada) de las declaraciones que en él hace el funcionario. Si se hubiera apreciado correctamente, no habría el Tribunal incurrido en los errores evidentes de hecho anteriormente señalados. Habría concluido que el demandante trabajó como pagador en la construcción y sostenimiento de la Carretera Medellín-Tarazá-Caucasia, que es una obra pública, y que por haber trabajado en la construcción y sostenimiento de esa obra pública, sus relaciones de empleado público con la administración nacional constituyen contrato ficto de trabajo, al tenor de los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945 y 4º del Decreto 2127 del mismo año. No habría quebrantado, entonces, estas disposiciones.

"Igualmente habría concluido que, con prescindencia de la definición que sobre trabajadores de la construcción trae el artículo 1º de la Ley 38 de 1946, el demandante 'trabajó en la construcción y sostenimiento de la Carretera Medellín-Tarazá-Caucasia', y por tanto, es un trabajador vinculado con la administración nacional

mediante contrato ficcionado de trabajo. También habría concluido que pese al cargo que desempeñó, directamente relacionado con el manejo de fondos públicos y por tanto, de confianza o manejo, no por ello dejó de ser trabajador oficial, como que laboró en la construcción y sostenimiento de una obra pública. No habría aplicado indebidamente el artículo 1º de la ley precitada, sino que habría encontrado establecida con carácter de evidencia la existencia del contrato.

“En resumen, debido a la interpretación errónea de la prueba, el juzgador de segunda instancia incurrió en los errores evidentes de hecho que se dejan demostrados. Consecuencialmente, también en forma equivocada, concluyó que el demandante no tiene derecho a la cesantía definitiva, lucro cesante por despido e indemnización moratoria a que condenó el juzgador de primer grado y por lo cual revocó la sentencia consultada absolviendo a la Nación de las pretensiones antedichas. Transgredió indirectamente los artículos 17, literal a) de la Ley 6ª de 1945 y 1º de la Ley 65 de 1946 que consagran el derecho al auxilio de cesantía, y que le son aplicables preferencialmente al actor por serles más favorables. Quebrantó, igualmente, los artículos 11 de la citada Ley 6ª, 1º del Decreto 797 de 1949 y 51 del Decreto 2127 de 1945, que consagran el derecho a la indemnización moratoria y al lucro cesante por despido. Finalmente, violó indirectamente los artículos 37, 43 y 47 del mentado Decreto 2127 de 1945, que regulan, en su orden, las modalidades de duración del contrato, la prórroga automática del contrato celebrado a término indefinido y las causales y modos de terminación del vínculo contractual laboral.

“Si el Tribunal no hubiera incurrido en los errores evidentes de hecho que cometió, habría confirmado la sentencia consultada. Como resulta ostensible la violación de la ley sustancial laboral en cuanto a la existencia del contrato de trabajo, debe la Corte, en sede de instancia, examinar las probanzas producidas en el proceso, en la seguridad de que, por ajustarse a derecho, confirmará las condenas que profirió el juez a quo. Así lo suplico de la Sala, advirtiendo que comparto y pido se tengan como incor-

porados a este acápite final del segundo cargo, los acertados y jurídicos razonamientos que expone el juzgador de primer grado al estudiar la excepción de prescripción propuesta y las pretensiones sobre cesantía, lucro cesante por despido e indemnización moratoria”.

La parte opositora considera que el Tribunal no se equivocó en la apreciación del documento del folio 48, y entre otras razones dice:

“Respecto del valor probatorio reconocido por el juzgador de segunda instancia al mencionado escrito del folio 48, es totalmente correcto, y no equivocado como pretende el recurrente, ya que el citado documento demuestra que el señor Jaime Botero Perdomo prestó sus servicios como Pagador III, Grado 6, nivel B, entre el 1º de diciembre de 1961 y el 27 de abril de 1962, en el Distrito de Obras Públicas de Antioquia, cuando este Distrito construía el sector Medellín-Tarazá-Caucasia de la Carretera Troncal de Occidente, devengando como último sueldo \$ 840.00 mensuales. Esto prueba el documento y así lo entiende el Tribunal para concluir que el demandante es empleado público y no trabajador oficial”.

Se estudia

Se vio ya al estudiar el cargo primero, cómo el Tribunal para dilucidar el problema sub iudice procedió a la luz de la Ley 6ª de 1945 y del artículo 4º del Decreto 2127 del mismo año, y que, del examen de la documentación que aparece al folio 48 dedujo que el demandante no fue trabajador oficial sino empleado público.

Ahora bien, esa prueba de donde dedujo tal conclusión el ad quem dice lo que se transcribe en lo pertinente:

“En respuesta al cuestionario del oficio número 546 de julio 31 de 1970 que antecede, informo lo siguiente:

“1º Es cierto que el señor Jaime Botero Perdomo trabajó en el Distrito de Obras Públicas, antes Distrito de Obras Públicas Nacionales, como Pagador III, Grado 6, nivel B en el tiempo comprendido entre el 1º de diciembre de 1961 y el 27 de abril de 1962, en la Carretera Troncal de Occidente, Sector Medellín-Tarazá-Caucasia.

"2º Es cierto que el último sueldo que devengó el señor Botero P. fue de \$ 840.00.

"3º Es cierto que dicho señor trabajó en la construcción y sostenimiento de la Carretera Medellín-Tarazá-Caucasia".

Observa la Corte que, al efectuar el análisis de este medio de prueba el *ad quem* lo intitula algunas veces documento y últimamente "... un simple informe de un funcionario que aunque por la calidad de público pueda reputarse en principio un instrumento público", e indica finalmente que su certeza legal no es clara porque no es de presumir que el Delegado Administrativo sea la persona autorizada para expedir certificaciones de esa índole.

Encuentra también el fallador de segundo grado que tal prueba es débil para inferir la existencia de una relación de trabajo entre el demandante y la entidad demandada, y sin embargo de la misma concluye que el demandante fue empleado público y no trabajador oficial.

De tales planteamientos se desprende que, el *ad quem* resulta contradictorio en sus conceptos analíticos, por cuanto que si encuentra que la certeza legal de tal probación no es clara y que su débil fuerza probatoria no inclina al convencimiento racional del juzgador hacia la demostración de la existencia, por medio de ella, de una relación laboral de trabajo, de donde pudiera determinarse que el demandante fue trabajador oficial, tampoco sirve para la demostración contraria, es decir para deducir en el mismo orden de ideas de debilidad probatoria y falta de certeza, que el actor del juicio fue empleado público con fundamento en la misma prueba. Otra cosa hubiera sido si el fallador se atiene para esta última conclusión al principio general de que habla al analizar el artículo 4º del Decreto 2127, y no al valor intrínseco de la prueba en sí misma considerada. Porque en este caso, aun cuando erradamente apreciada la prueba, no hubiera habido contraposición conceptual en el análisis.

El fallador llama ese informe del Delegado Administrativo del Ministerio de Obras Públicas, un informe que pueda considerarse en principio como un instrumento público, es decir, que, se inclina por el valor hipotético del mismo como instrumento de esa naturaleza.

No es pues afirmativo en esa determinación como lo señala la censura; con todo, es evidente que tal prueba sí acredita que el señor Jaime Botero Perdomo fue Pagador III, Grado 6, nivel B, adscrito a esa sección del Ministerio de Obras Públicas y que estuvo trabajando en la construcción de la Carretera Troncal de Occidente, tal como lo explica claramente esa información del Delegado Administrativo.

Sobre este particular de la identificación de los documentos públicos e instrumentos públicos, dice el doctor Hernando Devís Echandía:

"El artículo 1758 del Código Civil identificaba el instrumento público y el auténtico y los definía 'el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario', con lo cual incurría en una clara impropiedad, porque si bien es cierto que todo instrumento público es auténtico, existen instrumentos privados auténticos cuando hay certeza sobre la persona que los ha firmado o elaborado; igual impropiedad se encuentra en el artículo 261 del actual Código de Procedimiento Penal. Ambos textos identifican también los documentos públicos con los instrumentos públicos, siendo así que éstos son una especie de aquéllos: los que consisten en escritos.

"Los artículos 251 y 252 del nuevo Código de Procedimiento Civil corrigen esos errores y distinguen las tres clases de documentos y, además, las escrituras públicas. Los documentos públicos en general, son los otorgados por funcionario público en ejercicio de su cargo, o con su intervención (aunque también intervengan en ellos personas particulares). Los demás son documentos privados.

"Por lo tanto, son documentos públicos los escritos, planos, croquis, fotografías, provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en ejercicio de sus funciones: las copias de documentos públicos expedidos formalmente por ellos (C. de P. C., Art. 254); las certificaciones de los jueces y magistrados sobre hechos que pasan ante ellos en ejercicio de sus funciones y de que no quede dato en el proceso, y sobre existencia de procesos y ejecución de providencias (Arts. 116 y 262); los certificados de quienes llevan el registro civil de las personas (inclusive los párrocos), dados con inserción de las actas co-

respondientes y los originales de esos registros (Art. 262); los periódicos y demás publicaciones oficiales (C. de P. C., Art. 263); los informes administrativos de funcionarios públicos sobre hechos conocidos en ejercicio del cargo, porque son una especie de certificación de tales hechos o de documento público testimonial...

En estas condiciones y para el caso sub iudice, el informe del Delegado Administrativo del Ministerio de Obras Públicas visible al folio 48 del expediente, prueba primordial para los fines propuestos por el actor, es un documento público, comprendido en la clasificación general y un instrumento público dentro de la especie de los escritos y firmados por un funcionario público, de cuya certeza, ni de su autenticidad puede dudarse, y tiene el correspondiente valor probatorio.

Y como queda advertido antes, en él se dice que, el demandante, señor Jaime Botero Perdomo sí estuvo ligado al Ministerio de Obras Públicas, como Pagador III, Grado 6, nivel B, y que su actividad como tal la desempeñó en la construcción y conservación de la Carretera Troncal de Occidente: Medellín-Tarazá-Caucasia, cosa que asimismo afirma el actor del juicio.

Es pues, evidente el error cometido por el Tribunal al poner en tela de juicio la certeza de tal prueba y su fuerza probatoria.

Por otra parte se equivoca el ad quem al establecer como término de comparación para el entendimiento de lo que significa trabajadores de la construcción lo dispuesto por la Ley 38 de 1946 en su artículo 1º con lo que estatuye el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945. Aquel precepto alude concretamente a la vinculación de trabajos en obras de esa índole mientras que éste específicamente señala como trabajadores oficiales a quienes vinculan su actividad a la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o a empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, etc.

De forma que, el espíritu del primer precepto aludido no puede animar la determinación del segundo, ni las enumeraciones relacionadas en aquél pueden tomarse para interpretar éste de naturaleza perfectamente distinta.

En lo atinente a la aplicación de lo señalado por el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, éste como es bien sabido dice:

"No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma".

Estudiando esta disposición, repetidamente ha dicho la Corte que: ... al tenor de la primera parte del precepto transcrito, por lo general las relaciones entre los empleados públicos y la administración municipal, no constituyen contrato de trabajo, empero la excepción a ese principio, es decir, cuando puede considerarse que sí existe contrato de trabajo es cuando el trabajador está ligado a la administración en las actividades personales suyas con funciones específicamente allí determinadas a cargo de esa administración nacional, departamental o municipal, o sea construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma".

Y se ha dicho también por esta Sala que, cuando el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 habla de que "... los trabajadores de la construcción o sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales", la preposición —de— entre el vocablo trabajadores y el término de ella constituido por las palabras "... la construcción o sostenimiento de obras públicas" establece una relación especificativa que perfecciona el sentido de la frase. De manera que, los trabajadores de la construcción o sostenimiento de obras públicas determinados como "trabajadores oficiales", no pueden ser otras personas que aquellas que tienen vinculada su actividad en alguna forma de labor a tales obras, directamente relacionada esa actividad, ejecución o desempeño, con

la construcción o conservación de las mismas.

Si pues en vista de la prueba en comento, informe del Delegado Administrativo del Ministerio de Obras Públicas visible al tan citado folio 48, se desprende que el señor Jaime Botero Perdomo sí fue pagador de ese Ministerio adscrito a esa sección operativa y desempeñó las funciones anejas a su destinación en la construcción y conservación de la Carretera Troncal de Occidente, Carretera: Medellín-Tarazá-Caucasia, específicamente fue un trabajador oficial y no un empleado público como lo dedujo el Tribunal, de donde los errores imputados al ad quem resultan evidentes.

En estas condiciones, corresponde al demandante el pago de los derechos que reclama, mediante cuyo desconocimiento violó el Tribunal las disposiciones sustanciales que los consagran, y por ello el cargo prospera y habrá de ser casada la sentencia acusada.

Consideraciones de instancia

A las consideraciones expuestas a lo largo de esta providencia, cabe agregar aquí que, el expediente subió al Tribunal en grado de consulta por cuanto el demandante se conformó con los proferimientos del a quo, cuya confirmación impetra el recurrente por la Corte en sede de instancia.

Es importante anotar en primer término que, después del sobreseimiento definitivo, el señor Botero Perdomo, por medio de apoderado, adelantó una reclamación administrativa ante el Ministerio de Obras Públicas, mediante demanda presentada el 28 de abril de 1967, entre cuyos pedimentos se contaban los que son materia del litigio, y en consecuencia con esa reclamación gubernativa, que no fue resuelta por el Ministerio, todo lo cual se deduce de lo relacionado en la inspección ocular practicada en el juicio, se interrumpió la prescripción de los derechos reclamados, cuya excepción fue propuesta por la parte demandada.

Ahora bien, al estudiar las condenas que motivaron la consulta, se encuentra que, como el actor del juicio trabajó 4 meses y 26 días, toda vez que empezó a trabajar el 1º de diciembre de 1961 y fue despedido el 27 de abril de 1962, le corresponde por concepto de cesantía proporcional con base en

un salario mensual de \$ 840.00, la cantidad de trescientos cuarenta pesos con cincuenta y ocho centavos (\$ 340.58), liquidación correcta del juzgado del conocimiento que será confirmada.

En cuanto al lucro cesante, al señor Jaime Botero Perdomo le faltaron treinta y cinco (35) días para completar el plazo presuntivo del contrato de trabajo; es decir, los cuatro días del mes de abril y la totalidad del mes de mayo subsiguiente, y no treinta y ocho días como lo estimó el juzgado. En estas condiciones, le corresponde la cantidad de novecientos ochenta pesos (\$ 980.00) por esa indemnización y no los \$ 992.00 computados por el fallador de primera instancia, por lo que será reformada esa decisión.

En lo atinente a la indemnización moratoria no puede en este caso, tenerse como razón exculpativa una posible duda que hubiera podido tener el Ministerio con respecto a la naturaleza del vínculo que ligó al demandante con esa entidad, por cuanto en la contestación de la demanda, se limitó a oponerse a las pretensiones del actor, y se redujo a manifestar que la vinculación de éste provino de decretos y resoluciones y actos administrativos que no singularizó ni intentó siquiera probar en el plenario.

Por otra parte, sobreseído el señor Botero definitivamente por el Juzgado Quinto Superior de Medellín, providencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial el veintidós de febrero de mil novecientos sesenta y seis, y la cual fue notificada personalmente al Fiscal el mismo día y por estado el 25 del mismo mes, de lo cual tuve conocimiento el Ministerio mediante la antecitada reclamación administrativa a la que fueron acompañadas las copias correspondientes, según lo dice la inspección ocular, la entidad demandada ha debido pagar al demandante la cesantía y la indemnización por despido cuyos montos no ha sido demostrado que hayan sido cubiertos.

Esa demora en cubrir los valores debidos por tales conceptos al demandante, no tiene justificación ni exculpación alguna en el proceso y en consecuencia acarrea la indemnización aneja a ella.

Y como lo observa el a quo, esa indemnización corre desde el vencimiento de los noventa días de gracia que tenía la parte

demandada para pagar, contados desde el vencimiento del término de la ejecutoria de la providencia que confirmó el sobreseimiento definitivo.

Esta decisión del a quo, por tanto, debe ser confirmada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de treinta de noviembre último, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en sede de instancia confirma el fallo dictado en este mismo proceso por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el veintisiete de sep-

tiembre de mil novecientos setenta y dos, con excepción del aparte b) del ordinal primero de la parte resolutive que se reforma y que queda así:

b) Novecientos ochenta pesos (\$ 980.00) moneda legal, por concepto de lucro cesante.

No hay lugar a costas en la segunda instancia ni en el recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García, B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TRABAJADORES DE LOS FERROCARRILES

(Ferrocarril de Paz del Río S. A.).

Los trabajadores oficiales de ferrocarriles fueron excluidos de todo el régimen de derecho individual del Código, incluido el de prestaciones sociales, y los trabajadores ferroviarios de empresas particulares lo fueron únicamente del régimen de pensiones, quedando sometidos a su normación en todo lo demás.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre diez y siete de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Alberto Avendaño, por medio de apoderado, demandó a Acerías Paz del Río S. A., para que se le reconociera la pensión a que tiene derecho, dando aplicación a la Ley 49 de 1943, y se la condenara a pagar las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, Alberto Avendaño ingresó a la Empresa Acerías Paz del Río S. A. el 7 de marzo de 1953, desempeñando el cargo de ajustador de locomotoras, o sea que ha prestado sus servicios en la unidad de transportes férreos desde hace más de 17 años, desarrollando en el departamento de ferrocarriles una serie de funciones que relaciona detalladamente; con fundamento en la Ley 49 de 1943, solicitó a la empresa el 9 de mayo de 1968 se le aplicara el régimen pensional propio de los trabajadores ferroviarios, solicitud que le fue negada; el 3 de noviembre de 1969 el demandante y el asesor jurídico de la sociedad demandada concurren a la Inspección Nacional del Trabajo para conciliar lo referente a la pensión de jubilación, pero no se llegó a ningún acuerdo, por lo cual procede a demandarla por medio de la jurisdicción laboral.

Fundó su derecho en las Leyes 1ª de 1932, 206 de 1938, 63 de 1940, 49 de 1943 y 53 de

1945, sobre cuya interpretación expone ampliamente su criterio.

El apoderado judicial de Acerías Paz del Río S. A. contestó la demanda oponiéndose a las peticiones de la demanda y negando los hechos tal como están redactados; propuso las excepciones de carencia de causa y de prescripción.

Cumplido el trámite de la primera instancia el juzgado del conocimiento, que lo fue el Doce Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la sociedad demandada de las peticiones impetradas y condenó en costas al demandante, en sentencia dictada el diez de diciembre de mil novecientos setenta y uno.

Apeló el apoderado de la parte demandante. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, decidió el recurso en fallo de quince de junio de mil novecientos setenta y dos, en cuya parte resolutive dispuso: "1º Revócase en todas sus partes el fallo apelado, y en su lugar se dispone: condénase a la empresa denominada "Acerías Paz del Río S. A.", representada por su Presidente, doctor Darío Vallejo Jaramillo, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al actor Alberto Avendaño, una pensión de jubilación, que se hará efectiva cuando se produzca el retiro del trabajador, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. 2º Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada. 3º Costas de la primera instancia a cargo de la entidad demandada. 4º Sin costas en esta alzada".

Recurrió en casación la parte demandada. Concedido el recurso extraordinario por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo el estudio de la demanda de casación y del escrito de réplica del opositor.

Alcance de la impugnación

Pretende el recurrente la casación del fallo de segunda instancia en cuanto a la condena para el pago de una pensión de jubilación y que en sede de instancia se confirme la absolución contenida en la decisión de mérito del juez de primera instancia.

Con fundamento en la causal primera de casación laboral formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Acuso el fallo proferido por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, con fecha 15 de junio de 1972, por violación directa de la ley sustancial, en la modalidad de errónea interpretación, de los artículos 3º, 4º y 268 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con los artículos 21, 22, 259 y 260 ibídem, del artículo 1º del Decreto reglamentario 2218 de 1966 y de las siguientes disposiciones también de carácter sustancial que se refieren a pensiones de jubilación de los trabajadores ferroviarios: artículos 1º, y 2º de la Ley 1ª de 1932; 2º del Decreto 1471 de 1932; 1º de la Ley 206 de 1938; 1º de la Ley 63 de 1940; 6º de la Ley 49 de 1943; 32 de la Ley 6ª de 1945; 1º, 2º, 6º, 7º y 11 de la Ley 53 de 1945; 6º de la Ley 24 de 1947".

El casacionista sustenta así la acusación:

"El planteamiento se hace con prescindencia de errores de hecho, por lo cual parte de la base de que los hechos fundamentales de la acción como el tiempo de servicios del actor, el salario, sus labores en el Departamento de Ferrocarriles de la empresa por más de 15 años, el objeto social y la actividad desarrollada por Acerías Paz del Río, S. A., como sociedad privada, la existencia de un ferrocarril para uso interno y no público, etc., no se discuten. Sobre ellos hay identidad de pensamiento entre

los litigantes y el sentenciador. El fallador reconoce en su parte motiva que: " 'Si bien es cierto que en todas estas leyes se refieren a empresas ferroviarias, oficiales o particulares, también se señala con más frecuencia a los trabajadores ferroviarios, que vienen a ser precisamente las personas que se benefician con el régimen jubilatorio especial consagrados en tales disposiciones'. " Pero deduce al hacer el recuento histórico de las disposiciones legales, que no puede aplicarse un criterio exegético de interpretación, por lo cual entra al análisis de las normas que he señalado como infringidas para deducir, en contra de la tesis de la empresa demandada, que según el artículo 268 del Código Sustantivo del Trabajo, el trabajador de autos está amparado por la excepción que consagra dicho artículo, en virtud de la cual su régimen jubilatorio se rige por las disposiciones vigentes en 31 de diciembre de 1950. Es decir, que aplica al demandante el régimen de excepción en atención a la naturaleza de las empresas en lo tocante a pensión de jubilación, no obstante reconocer cuál es el objeto de la sociedad demandada. Desentraña erróneamente como elemento subsumido en la norma anteriormente citada, que este régimen de excepción en materia jubilatoria fue establecido por el legislador no en atención a la actividad de la empresa o patrono, sino a la labor que cada trabajador puede desempeñar. Su pensamiento puede decirse que está recogido en el siguiente aparte de su motivación: " 'El legislador entendió que las normas vigentes sobre la materia se referían no a las empresas, sino a los trabajadores que laboraban en actividades ferroviarias, que por amplitud se aplicarían a otros trabajadores, como también lo expresa el artículo 268 del Código Sustantivo del Trabajo, al hablar de la pensión de jubilación para los trabajadores ferroviarios'. " Refuerza lo que considera su acierto invocando el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre el principio de la favorabilidad. El Tribunal sentenciador dando aplicación a una norma exceptiva del Código Sustantivo del Trabajo, que excluye un sector del trabajo, entendida a mi juicio erróneamente, dio aplicación a normas legales preexistentes al mismo Código, que como lo

ha sostenido la empresa que represento desde la iniciación del juicio regula las relaciones de las empresas ferroviarias con sus trabajadores, pero en manera alguna las de trabajadores vinculados a ferrocarriles pero en empresas no ferroviarias. Para el análisis del tema referido considero necesario remontarnos al estado de la cuestión cuando se redactó el Código Sustantivo del Trabajo. Hemos consultado las actas de la comisión redactora del Código Sustantivo del Trabajo, encontrando que el Acta número 3, correspondiente a la sesión del día 21 de marzo de 1950 dice lo siguiente: "Plan General del Código. En los días posteriores al 7 de marzo, fecha de instalación de la comisión, ésta celebró sesiones diarias, en las horas de la mañana, para considerar el proyecto del plan de Código, elaborado por el doctor Barón. La comisión, por unanimidad, y con el voto favorable del Ministro del Trabajo, resolvió lo siguiente: 1º El Código debe concretarse a las relaciones laborales privadas, dejando a normas posteriores la regulación de cuanto atañe a los trabajadores oficiales. Para proceder así se ha tenido en cuenta la circunstancia de qué normas sociales vigentes declaran por regla general (sic) la relación o vínculo entre el Estado y sus servidores es de derecho público y que el criterio expuesto es el que sigue la mayoría de los Códigos del Trabajo extranjeros consultados. 2º Cuando el Estado explota empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas, o empresas lucrativas similares a las de los particulares, o emprenda la construcción de obras públicas, quedará sometido a las reglas del Código como si se tratara de patrono o empresario particular". No obstante en las deliberaciones posteriores, aun entendiendo la comisión que entre algunos servidores públicos y la administración pueda existir contrato de trabajo, el texto definitivo de las normas que regulan esta materia quedó consagrado en la siguiente forma en los artículos 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo: "Artículo 3º Relaciones que regula. El presente Código regula las relaciones de derecho individual de trabajo de carácter particular y las de derecho colectivo de trabajo, oficiales y particulares." "Artículo 4º Servidores públicos. Las relaciones de derecho individual de trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de fe-

rocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten". "Como se ve, entre el principio regulador del ámbito de las normas del Código de que da cuenta el acta consultada y las que se concretan en los artículos 3º y 4º del mismo, se operó una modificación sustancial en el curso de las deliberaciones, por cuanto en un principio se aceptó que las relaciones de derecho individual del trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por el Código sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten. En esta norma, como fácilmente puede apreciarse, los trabajadores de ferrocarriles quedan asimilados a servidores públicos, lo que equivale en la terminología actualmente aceptada a trabajadores oficiales. Por qué la comisión asimiló a los trabajadores de ferrocarriles a servidores públicos? Porque, en realidad la casi totalidad de la red ferroviaria del país en 1950 pertenecía a la Nación, con la salvedad de algunas que eran de propiedad departamental y dos privadas. Eran nacionales los ferrocarriles del Pacífico, de Cundinamarca, Norte Sección Segunda y Sur, Nordeste Girardot-Tolima-Huila, Cartagena-Calamar-Magdalena-Nariño, Norte Sección Primera; eran departamentales los ferrocarriles de Antioquia, Caldas y Ambalema-Ibagué. Y pertenecían a compañías privadas solamente el de La Dorada con ciento once (111) kilómetros de línea principal, y el de Cúcuta con sesenta (60) kilómetros. En total, la red ferroviaria del país estaba integrada por catorce (14) empresas, nueve (9) de propiedad de la Nación, tres (3) departamentales y dos (2) de propiedad particular. Estas dos (2) empresas privadas establecidas en virtud de concesiones otorgadas por la ley, abarcaban una extensión de ciento setenta y un (171) kilómetros en relación con una red ferroviaria total de dos mil novecientos ochenta y tres

(2.983) kilómetros. Al propio tiempo se adelantaba una política de nacionalización de los ferrocarriles mediante la cual el Gobierno Nacional 'además de las dos (2) líneas particulares mencionadas espera adquirir la propiedad o los derechos de explotación de los ferrocarriles departamentales restantes, para completar así la nacionalización de ellos'. (Los datos anteriores están tomados del informe de la misión del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, dirigida por Lauchlin Currie, Primera Parte, Imprenta del Banco de la República, 1950). De suerte que la red ferroviaria del país en 1950, cuando se redactaba el Código Sustantivo del Trabajo, estaba integrada por catorce (14) empresas a cuyo servicio se encontraban todos los trabajadores ferroviarios del país. La legislación especial reguladora de las relaciones de trabajo de estas empresas, especialmente en lo que se refiere a la pensión de jubilación se encontraba dispersa en una serie de leyes de las cuales citamos la 1ª de 1932, 206 de 1938, 63 de 1940, 49 de 1943, 6ª y 53 de 1945 y 24 de 1947. Todas ellas se referían a las relaciones de las empresas ferroviarias con sus trabajadores, aunque obviamente en muchos pasajes se habla en ellas de 'trabajadores ferroviarios' para referirse a los servidores de dichas empresas. De suerte que cuando el artículo 4º del Código Sustantivo del Trabajo excluye de su ámbito a 'los trabajadores de ferrocarriles' está refiriéndose a los trabajadores de esas catorce (14) empresas que estaban protegidos por una legislación específica. Este artículo asimiló por lo tanto a los trabajadores de las dos (2) empresas privadas que operaban en 1950 a servidores públicos, al establecer que sus relaciones de derecho individual del trabajo no se regirán por las normas del nuevo Código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten. Es de suponer que privó en el criterio de la comisión redactora el que, tratándose de un servicio público especializado, prestado por empresas idénticas también por la índole de su operación, era conveniente que las relaciones de trabajo en dichas empresas ferroviarias estuvieran reguladas por estatutos especiales. De seguro se tuvo en cuenta también por los redactores del Código, al asimilar a los trabajadores de las dos empresas particulares, a servidores públicos,

para excluirlos del régimen legal del Código, que iba dirigido en cuanto a las normas del derecho individual, precisamente a los trabajadores particulares, la política que adelantaba el Gobierno Nacional para la nacionalización de estas empresas, como evidentemente ocurrió a poco tiempo lo que aconsejaba no desarticular la legislación laboral relativa a este servicio público especializado. Lo cierto es que todas las empresas ferroviarias existentes en el país cuando entró a regir el Código Sustantivo del Trabajo quedaron fuera de sus normas por expreso mandato del artículo 4º de dicha obra. Fenómeno aparentemente extraño, pues no obedeció dicha norma a la distinción clásica entre la vinculación administrativa y la de derecho privado, sino que se tuvo en cuenta más la naturaleza intrínseca de las empresas ferroviarias. En concordancia con dicho mandato, el artículo 268 del Código, que hace parte del capítulo sobre pensión de jubilación, establece que "lo dispuesto en este capítulo no se aplica a los trabajadores ferroviarios, que en cuanto a jubilación se regirán por el estatuto especial que posteriormente se dicte. Mientras tanto, continúan rigiendo las disposiciones vigentes en la actualidad". La norma comentada no es extraña sino enteramente concordante con la del artículo 4º del Código, por el hecho de existir una abundante legislación sobre pensión de jubilación para las empresas ferroviarias, y existiendo todavía al entrar a regir el Código, el 1º de enero de 1951, aunque pequeñas y en camino de absorción por el Estado, dos empresas ferroviarias particulares, quiso el Código ratificar en esta prestación que para tales empresas y sus servidores no regirán las normas del nuevo Código, sino las disposiciones específicas que venía rigiendo. Se ve aquí que el propósito indudable fue mantener la unidad legislativa en un sector del trabajo de características y modalidades comunes, aun sacrificando la técnica jurídica. La norma del artículo 268 no es entonces una excepción consagrada por la ley en beneficio de determinados trabajadores, sino la exclusión de un sector del trabajo, integrado por catorce empresas, del ámbito regulador del estatuto. No es cierto, como lo afirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, 'que la jubilación especial se hizo a favor

de los trabajadores que se dedican a esas actividades agotadoras, mayores a las normales que desarrollan los demás trabajadores, y no para establecer un régimen prestacional para empresas o patronos dedicados únicamente al transporte férreo", porque las excepciones motivadas precisamente en la índole de la labor desarrollada por los trabajadores están expresamente consagradas en este capítulo del Código Sustantivo del Trabajo. Veámoslas: El artículo 269, modificado por el artículo 10 del Decreto 617 de 1954, establece que los operadores de radio, cables y similares al servicio de empresas particulares tienen derecho a la pensión de jubilación después de veinte (20) años continuos o discontinuos de trabajo cualquiera que sea su edad. El artículo 270 extiende la excepción a favor de los aviadores de empresas comerciales, a los trabajadores de empresas mineras que presten sus servicios en socavones y a los dedicados a labores que realicen a temperaturas anormales. El artículo 272 establece que los profesionales y ayudantes de establecimientos particulares dedicados al tratamiento de la tuberculosis tienen derecho a la pensión de jubilación al cumplir quince (15) años de servicios continuos, cualquiera que sea su edad. Estas son las verdaderas excepciones al régimen jubilatorio de empleados particulares que establece el Código Sustantivo del Trabajo en virtud de las "actividades agotadoras, mayores a las normales que desarrollan los demás trabajadores" para usar las mismas expresiones del Tribunal Superior. Si esas fueran las razones del legislador al redactar el artículo 268 sobre ferroviarios, habría consagrado la excepción como la consagra para radiooperadores, aviadores, mineros de socavones, trabajadores de temperaturas anormales y profesionales dedicados al tratamiento de la tuberculosis. Luego no fue en consideración a la labor desarrollada por los trabajadores ferroviarios que se estableció la norma del artículo 268 del Código, sino en atención a la naturaleza de las empresas, a la existencia de una legislación específica para ellas en estas materias, cuya unidad era conveniente conservar por razones de política social. La norma del artículo 268 no consagra pues, una excepción, sino que es excluyente de un sector del trabajo. De allí concluimos que la exclusión

no se hizo en razón del trabajo realizado por estos operarios, sino de la naturaleza de las empresas dedicadas a esta actividad. Una observación práctica de la sentencia que comentamos viene a confirmar aún más la interpretación que venimos exponiendo. Dice el Tribunal, a folio 9 de la sentencia: "Además, es conveniente anotar que en la época en que se dictaron estas leyes, no se podía fácilmente prever que hubiera transporte férreo para empresas que se dedicaron a otras actividades". Si ello era así, queda demostrado que el pensamiento del legislador del Código Sustantivo del Trabajo, al redactar los artículos 4º y 268, no tuvo en cuenta sino a las empresas ferroviarias existentes, esto es, que la exclusión que de ellas se hizo del ámbito del Código, lo fue en razón de las empresas mismas, no de la actividad específica del ferroviario. Pero, además, para esta época existían redes de transporte férreo en empresas dedicadas a otras actividades, como en minas de carbón, por ejemplo, en 'Carboneras San Vicente' y en 'Carboneras San Jorge', así como ingenios azucareros como el de 'Riopaila', sin que nunca a nadie se le hubiera ocurrido que para los trabajadores que operaban tales transportes rigieran las normas de las empresas ferroviarias. Pero es más de bulto el error de interpretación del *ad quem*. Por empresas ferroviarias se entiende, también desde entonces —Decreto 1471 de 1932, artículo 2º—, los ferrocarriles propiamente dichos, los tranvías, los funiculares y los cables aéreos, siempre que se encuentren en explotación y presten servicios al público. Desde entonces, asimismo, es inequívoco que los ferroviarios de que habla el artículo 4º de la Ley 1ª de 1932 son todos los trabajadores que, conforme a su precepto 1º, presten sus servicios a una empresa ferroviaria. De lo anterior resulta que tan ferroviario es un maquinista o soldador de una empresa ferroviaria como la mecánografa o el contabilista de esa empresa. Y, además, que no es ferroviario el trabajador de una empresa no ferroviaria, aunque ésta posea un ferrocarril al cual se encuentren vinculados sus servicios. Este régimen jubilatorio especial de un sector de trabajo excluido expresamente, fue extendido a los de las salinas de la Nación por el artículo 32 de la Ley 6ª de 1945, extensión que constituye, hasta el momento, su única quiebra

y que está referida, de nuevo al objeto de la actividad económica del empleador, que no a la naturaleza de las labores desarrolladas por los trabajadores a su servicio. Ocurre que, en ocasiones, la ley otorga protecciones especiales a algunos trabajadores, tomando en consideración la finalidad perseguida por determinados empleadores. Así, por ejemplo, el Código Sustantivo del Trabajo consagra varias de ellas para los "trabajadores de la construcción," entendiéndose por tales a quienes prestan sus servicios "en obras o actividades de construcción" y, por éstas, "las que tienen por objeto construir cualquier clase de casas o edificios y las inherentes a esa construcción, excepto su conservación o reparación." El aserto se abona con la jurisprudencia, no recogida, de la Sala Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia, conforme a la cual "para determinar el objeto que caracteriza lo que debe entenderse por 'obras o actividades de construcción', según definición contenida en el artículo 309 del Código Sustantivo del Trabajo, debe atenderse de modo importante a su finalidad, pero también a su unidad de conjunto, para efectuar la calificación que corresponda en cada caso" (Casación 15, Nov./58, G. J., LXXXIX, Pág. 672). De otra parte, es bien sabido que los regímenes especiales son de aplicación restrictiva, razón por la cual no admiten nunca una analógica. Por ello su extensión, como en el caso de las salinas nacionales, requiere expresa consagración legal. Es que, en punto a este régimen jubilatorio especial, existe todo un complejo legislativo que debe interpretarse orgánicamente, como una unidad y, en estas circunstancias, no es de recibo desmembrarle preceptos para considerarlos de forma aislada, según lo hizo la Sala Laboral del honorable Tribunal de Bogotá al decidir la segunda instancia del proceso en cuestión. Si de todo lo anterior surge indudable que el régimen en examen sólo es aplicable a los trabajadores de empresas ferroviarias, con la excepción, ya anotada, de los de las salinas nacionales, bien se ve mal traído al principio de mayor favorabilidad por la Sala Laboral del honorable Tribunal de Bogotá, para darle solución al asunto sub iudice. Confío en haber demostrado el error de entendimiento de los artículos 3º, 4º y 268 del Código Sustantivo del Trabajo, concordantes con el 21

sobre favorabilidad de las leyes, el 22 que indica los elementos que configuran el contrato de trabajo, el 259 que establece el régimen de prestaciones patronales especiales y el 260 que consagra la prestación denominada pensión de jubilación para los trabajadores particulares, todas normas del mismo Código. La interpretación errónea llevó al sentenciador a aplicar todo el régimen legal que regula la jubilación de los trabajadores al servicio de empresas ferroviarias, contenido en los artículos citados de las Leyes 1ª de 1932, 206 de 1938, 63 de 1940, 49 de 1943, 6ª y 53 de 1945 y 24 de 1947 y del Decreto 1471 de 1932. De haber entendido correctamente las normas, la conclusión habría sido diferente: que los trabajadores de empresas no ferroviarias así tengan que desarrollar labores en una actividad considerada como ferroviaria, están sometidos al régimen general de las pensiones de jubilación y no al de excepción establecido para las actividades y no para las personas".

Para el opositor la acusación de interpretación errónea de los artículos 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo no resulta válida, por cuanto el Tribunal Superior no tomó en cuenta tales preceptos; además, el alcance que el recurrente les da no es el acertado, pues tales artículos, en concordancia con el 491 y el 492 de la misma obra, se limitan a señalar las relaciones que regula tal estatuto frente a la tradicional distinción entre los servidores particulares y oficiales. Respecto al artículo 268 del Código Sustantivo del Trabajo, dice que no es cierto que reglamente la misma situación del artículo 4º, y que no se concibe que en una ley de carácter general se regule la actividad de catorce empresas del país, menos cuando la norma habla de los trabajadores ferroviarios y les respeta sus disposiciones especiales en materia de jubilación. Considera que el artículo 268 mencionado se atuvo de manera exclusiva a la naturaleza, características y consecuencias propias del desarrollo de la actividad ferroviaria, y no a si el servicio se prestaba para una empresa que exclusivamente dedicara su actividad al transporte ferroviario.

Se considera

Como lo anota el opositor, el Tribunal Superior no tuvo en cuenta los artículos 3º

y 4º del Código Sustantivo del Trabajo para tomar su decisión; pero como el casacionista los relaciona con el artículo 268 del mismo estatuto, que sí es soporte legal del fallo acusado, se estudiará este aspecto de la acusación.

El artículo 3º del Código Sustantivo del Trabajo fija el ámbito de su aplicación, según se trate de trabajadores particulares o de servidores públicos. Las relaciones de los primeros, tanto de derecho individual como de derecho colectivo, se encuentran reguladas por el Estado Laboral, que sólo regula respecto de las segundas sus relaciones de derecho colectivo.

Excluidas por el artículo 3º las relaciones de derecho individual del trabajo de los servidores oficiales de la regulación del Código, el artículo 4º reitera el concepto y hace una enumeración de esas relaciones de derecho individual entre la administración pública y algunos de sus servidores, señalando en primer término a las de los trabajadores de ferrocarriles. Pero al referirse a "Las relaciones de derecho individual del trabajo entre la administración pública y los trabajadores de ferrocarriles", la norma no está asimilando dichos trabajadores a servidores públicos, sino que contempla simplemente el hecho de que existen trabajadores de ferrocarriles vinculados a la administración pública a través de una relación jurídica, que es de derecho individual del trabajo. Ni puede llegarse a esa conclusión por la circunstancia de que de las catorce (14) empresas que según el casacionista existían cuando entró en vigencia el Código, doce (12) fueron de carácter oficial y dos (2) de carácter privado, y que respecto a estas últimas el Gobierno Nacional adelantaba una política de nacionalización, porque no tiene asidero alguno que por situaciones hipotéticas como la de que se planeaba la nacionalización de todas las empresas ferroviarias, los autores del Código le dieran el carácter de servidores oficiales a los trabajadores de ferrocarriles particulares.

Por excluir el artículo 4º del Código a los trabajadores de ferrocarriles vinculados a la administración pública, se entiende lo dispuesto en el artículo 268 *ibidem*, que excluye a los trabajadores ferroviarios del régimen de pensiones del Estado Laboral, los que obviamente no eran las que prestaban

sus servicios a la administración pública, que ya estaban excluidas, sino las vinculadas a empresas particulares, que existían cuando entró en vigencia el Código o podían crearse con posterioridad a él. No es por lo tanto norma que repite lo dispuesto en el artículo 4º, sino creadora de una situación jurídica distinta. Los trabajadores oficiales de ferrocarriles fueron excluidos de todo el régimen de derecho individual del Código, incluido el de prestaciones sociales, y los trabajadores ferroviarios de empresas particulares lo fueron únicamente del régimen de pensiones, quedando sometidos a su normación en todo lo demás.

De ahí que cuando el fallador de segunda instancia llega a la conclusión de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 268 hay que acudir, para efectos de la pensión de jubilación de los trabajadores ferroviarios, a las normas vigentes cuando entró a regir el Código, no lo está interpretando erróneamente, porque eso es lo que establece dicha disposición, que, como ya se dijo, señala el régimen pensional de los trabajadores ferroviarios particulares, por cuanto el de los trabajadores oficiales de ferrocarriles ya había sido previsto por el artículo 4º. Dice el artículo 268: "Lo dispuesto en este capítulo no se aplica a los trabajadores ferroviarios, que en cuanto a jubilación se regirán por el estatuto especial que posteriormente se dicte. Mientras tanto, continúan rigiendo las disposiciones vigentes en la actualidad".

¿Quiénes son esos trabajadores ferroviarios? En la solución de esta cuestión se han planteado, desde la iniciación del juicio, las divergencias de las partes. Así, para el demandante es trabajador ferroviario el que desempeña sus funciones en un ferrocarril, cualquiera que sea la actividad de la empresa, ferroviaria o no, y para la sociedad demandada es el que presta sus servicios en una empresa ferroviaria, no siéndolo, por tanto quienes laboran al servicio de una empresa cuya actividad es diferente, aun cuando opere un ferrocarril como medio para cumplir sus fines. El Tribunal Superior acogió la primera hipótesis, luego de analizar algunas disposiciones legales, análisis que se transcribirá para mejor comprensión de su razonamiento. Dice así el ad quem:

"Comprobado lo anterior o sean los presupuestos fácticos sobre los cuales se debate la litis, es indispensable establecer si el ré-

gimen prestacional invocado por el actor se refiere exclusivamente a trabajadores que laboran en empresas ferroviarias oficiales o particulares o por el contrario, cubre a todos aquellos trabajadores que realizan actividades ferroviarias. El artículo 268 del Código Sustantivo del Trabajo, preceptúa que lo dispuesto en el capítulo de "Pensión de Jubilación" no se aplica a los trabajadores ferroviarios, que en cuanto a jubilación se regirán por el estatuto especial que posteriormente se dicte, y que mientras tanto, continúan rigiendo las disposiciones vigentes en el momento que entró en vigencia dicho Código que fue a partir del 1º de enero de 1951. (El subrayado es del Tribunal). De tal manera que por mandato expreso del Código Sustantivo hay que acudir a las normas vigentes en esa época y que actualmente regulan la pensión de jubilación de los trabajadores ferroviarios. Las disposiciones legales que inicialmente consagran este tipo de prestación especial son las siguientes: La Ley 1ª de 1932, que en los artículos 1º y 2º creó la pensión de jubilación para los trabajadores que laboraran en empresas ferroviarias, públicas o privadas, al servicio de la misma empresa, o de varias empresas, con 55 años de edad y 20 de servicios; la Ley 206 de 1938 que en su artículo 1º, dispuso que el personal de maquinistas, fogoneros, ayudantes, etc., que al cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos en una empresa ferroviaria, oficial o particular, tenían derecho a la jubilación consagrada en la ley anterior; la Ley 63 de 1940, que su artículo 1º señaló que los beneficios establecidos por las Leyes 1ª de 1932 y 206 de 1938, se extendían a los trabajadores de los talleres de las empresas ferroviarias, oficiales o particulares, al cumplir 20 años de servicios, continuos o discontinuos, cualquiera que fuera la edad. Con posterioridad se dictó la Ley 49 de 1943, por la cual se reformó la escala de pensiones consagrada en la Ley 1ª de 1932 y se dictaron otras disposiciones sobre trabajadores ferroviarios, en especial la de su artículo 6º que estableció que "los trabajadores de soldadura, tanto eléctrica como autógena, tendrán derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación al cumplir quince años de servicio, cualquiera que sea su edad". También es conveniente citar la Ley 6ª de 1945, que en su artículo 32 determinó

que la Ley 49 de 1943 y las disposiciones sobre jubilación en favor de los ferroviarios, se hacían extensivas a los trabajadores de las salinas de la Nación sin tener en cuenta la calidad del patrono o establecimiento para que se consolidaran los derechos de los trabajadores a la pensión de jubilación. Igualmente debe mencionarse la Ley 53 del mismo año de 1945 que adicionó y reformó las leyes anteriores, en especial sus artículos 1º, 2º, 5º, 6º, 7º y 11º.

Transcribe el Tribunal Superior los citados artículos y continúa: "Esta ley estableció que para obtener la pensión de jubilación el trabajador ferroviario, se requiere que la mayor parte del tiempo el servicio se hubiere prestado en las actividades allí indicadas, asimilando determinados trabajadores ferroviarios al personal de talleres y extendiendo como lo había dispuesto la Ley 6ª de 1945 los beneficios a los trabajadores de las salinas. Por último, el artículo 6º de la Ley 24 de 1947, dispuso: "El personal de las secciones de ajuste y montaje de los ferrocarriles se asimila, para los efectos de la pensión vitalicia de jubilación al personal de soldadura eléctrica y autógena de que trata el artículo 6º de la Ley 49 de 1943". Si bien es cierto que en todas estas leyes se refieren a empresas ferroviarias, oficiales o particulares, también se señala con más frecuencia a los trabajadores ferroviarios, que vienen a ser precisamente las personas que se benefician con el régimen jubilatorio especial consagrados en tales disposiciones. Si se aplicara con un criterio exegético, como lo hizo el a quo, se podría concluir lisa y llanamente, de que como Acerías Paz del Río no es una empresa ferroviaria, oficial o particular, con transporte de pasajeros y carga, sino una empresa industrial dedicada a la transformación del hierro y del acero, no son de recibo las normas especiales consagradas en las leyes antes citadas para los trabajadores que se dedican a actividades ferroviarias, contrariando no sólo el texto y el espíritu del legislador, sino también los principios fundamentales del derecho del trabajo. Si el objeto de la ley laboral es lograr la justicia en las relaciones que surgen entre los patronos y los trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y de equilibrio social (artículo 1º del C. S. del T.), conteniendo el mínimo de derechos y garantías consa-

grados en favor de los trabajadores (artículo 13, *ibídem*), debe entenderse sin mayor esfuerzo mental que la jubilación especial, se hizo fue a favor de los trabajadores que se dedican a esas actividades agotadoras, mayores a las normales que desarrollan los demás trabajadores, y no para establecer un régimen prestacional para empresas o patronos dedicados únicamente al transporte férreo. Además, es conveniente anotar que en la época en que se dictaron estas leyes, no se podía fácilmente prever que hubiera transporte férreo para empresas que se dedicaran a otras actividades. La misma Ley 6ª de 1945 en su artículo 32, de manera expresa determinó que las disposiciones sobre jubilación en favor de los trabajadores ferroviarios se hacía extensiva a los trabajadores de las salinas de la Nación, con lo cual el legislador entendió que las normas vigentes sobre la materia se referían no a las empresas, sino a los trabajadores que laboraban en actividades ferroviarias, que por amplitud se aplicarían a otros trabajadores, como también lo expresa el artículo 268 del Código Sustantivo del Trabajo, al hablar de la pensión de jubilación para los trabajadores ferroviarios. Además, es conveniente mencionar también el espíritu del legislador del año de 1931, cuando se discutía en el Congreso lo que fue posteriormente la Ley 1ª de ese año, cuando en la exposición de motivos se decía muy claramente: "...Dada la calidad de servicio de los ferroviarios y la clase de riesgos que corren, ya en los talleres, ora en la locomoción, se justifica mayormente la necesidad del proyecto legal que va a cumplir fines de equidad y de justicia..." Pero si aún existiera duda de que al demandante no le es aplicable para obtener su pensión de jubilación la norma preceptuada en el artículo 6º de la Ley 24 de 1947 en concordancia con el artículo 6º de la Ley 49 de 1943, es obligación del juzgador laboral tener en cuenta el principio de la favorabilidad consagrado en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo".

De las consideraciones del fallador de segunda instancia se deduce que llegó a la conclusión de que las Leyes 1ª de 1932, 206 de 1938, 63 de 1940, 49 de 1943, 53 de 1945 y 24 de 1947, si bien se refieren a empresas ferroviarias, señalan con más frecuencia a los trabajadores ferroviarios, "que vienen a

ser precisamente las personas que se benefician con el régimen jubilatorio especial consagrado en tales disposiciones". Agrega, como argumento adicional, que la Ley 6ª de 1945 en su artículo 32 determinó que la Ley 49 de 1943 y las disposiciones sobre jubilación en favor de los trabajadores ferroviarios, se hacían extensivas a los trabajadores de las salinas de la Nación.

El recurrente no censura la interpretación que de las leyes anteriores hizo el Tribunal Superior. Centra su ataque en la interpretación errónea del artículo 268 del Código Sustantivo del Trabajo, aun cuando enuncia como erróneamente interpretadas las otras normas en las cuales fundamentó su decisión el *ad quem*, pero sin que diga expresamente en qué consistió el criterio equivocado del sentenciador. Afirma que esas leyes se referían "a las relaciones de las empresas ferroviarias con sus trabajadores, aunque obviamente en muchos pasajes se habla en ellas de 'trabajadores ferroviarios' para referirse a los servidores de dichas empresas"; pero no sustenta esa afirmación, ni desvirtúa los razonamientos del sentenciador de segunda instancia, quien saca la conclusión contraria por la referencia que se hace "con más frecuencia a los trabajadores ferroviarios". Y aun cuando el casacionista hace referencia a cuál es, según su criterio, la correcta interpretación del artículo 4º de la Ley 1ª de 1932 y de su Decreto reglamentario 1471 del mismo año, tal alusión a una de las leyes que tuvo en cuenta el fallador para formar su criterio interpretativo en relación con el conjunto de las leyes especiales que analiza, no es suficiente para demostrar que erró en la interpretación de todas ellas.

En resumen: el artículo 268 del Código Sustantivo del Trabajo se refiere a los trabajadores ferroviarios particulares, y no exclusivamente a los que prestan o prestaban sus servicios a las empresas ferroviarias que existían cuando entró a regir el Código. En consecuencia no fue interpretada erróneamente esta norma por el Tribunal Superior. Si en el fallo acusado se estimó que el demandante era un trabajador ferroviario sometido al régimen especial anterior al Código, a esa conclusión llegó el *ad quem* con el análisis de las leyes que consagraban ese régimen, y respecto del cual el recurrente

te no planteó la censura con el reexamen de las mencionadas leyes para fijar su verdadero sentido. No prospera el cargo.

Segundo cargo

“Acuso el fallo proferido por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, con fecha 15 de junio de 1972, de ser violatorio de la ley sustancial por concepto de aplicación indebida, en la modalidad de violación directa, de los artículos 1º y 2º de la Ley 1ª de 1932; 2º del Decreto 1471 de 1932; 1º de la Ley 206 de 1938; 1º de la Ley 63 de 1940; 6º de la Ley 49 de 1943; 32 de la Ley 6ª de 1945; 1º, 2º, 5º, 6º, 7º y 11 de la Ley 53 de 1945; 6º de la Ley 24 de 1947 y 268 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con los artículos 21, 22, 259 y 260 ibídem; el artículo 1º del Decreto reglamentario 2218 de 1966 y las siguientes disposiciones que configuran la denominada reforma administrativa de 1968 en lo atinente a la definición, clasificación y estructura de los entes administrativos: artículo 5º del Decreto 1050 de 1968; Decreto legislativo 3135 de 1968, principalmente su artículo 43; Decreto reglamentario 1848 de 1969; artículo 7º del Decreto 1848 de 1968 y el artículo 54 del Decreto 3160 de 1968”.

El recurrente acepta como hechos fundamentales de la acción y presupuesto indispensable para la sustentación del cargo “que el trabajador Alberto Avendaño viene prestando servicios a la demandada desde marzo 7 de 1953, con una asignación de \$ 61.00 diarios; que sus labores por más de 15 años han sido dentro del Departamento de ferrocarriles de la empresa; que Acerías Paz del Río S. A., es una sociedad privada cuya actividad industrial principal consiste en la producción de hierro y acero; que su ferrocarril de 35 kilómetros de extensión es para uso interno y no presta servicios al público. El planteamiento del cargo es hecho, en consecuencia, con prescindencia de errores de hecho”.

Critica el casacionista la tesis central del Tribunal Superior y sustenta la acusación en los siguientes términos: “La reforma administrativa de 1968 marcó un hito de notable importancia en la evolución de nuestro derecho administrativo, en lo que se refiere a la definición, clasificación y es-

tructura de los entes administrativos. En primer plano, el Decreto 1050 de 1968 tipifica los organismos descentralizados, señalando sus elementos estructurales, consagrando una terminología exacta que precisa los conceptos y definiendo el régimen legal a que están sometidos. Según dicho decreto los organismos descentralizados pueden ser de tres especies: establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta. Según el artículo 5º del Decreto 1050 los establecimientos públicos se someten a las normas del derecho público. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta se gobiernan por las normas del derecho privado. De allí la diversa forma de vinculación de los trabajadores a las distintas especies de entes descentralizados. Si el organismo descentralizado se gobierna por las normas del derecho público, la vinculación del empleado, salvo las excepciones legales, será de derecho administrativo; si la entidad se gobierna por las normas del derecho privado, la vinculación será contractual, regida entonces por el Código Sustantivo del Trabajo. De allí también la clasificación de los servidores del Estado entre empleados públicos, si su vinculación es administrativa y trabajadores oficiales, si su vínculo es contractual. Pero la reforma administrativa avanzó en esta materia buscando la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y unificando el régimen prestacional de los empleados públicos y los trabajadores oficiales. En efecto, el Decreto legislativo 3135 de 1968, regula el régimen prestacional tanto para los empleados públicos como para los trabajadores oficiales, unificándolo, no obstante encontrarse aquéllos vinculados administrativamente y éstos por contrato de trabajo. En la práctica se establece una excepción al régimen de derecho privado en este aspecto, de donde se concluye que los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta que tienen el carácter de trabajadores oficiales se encuentran vinculados a ellas por contratos de trabajo regidos por el Código Sustantivo del Trabajo en todo lo que respecta a su definición, modalidades, ejecución, terminación, prueba, salarios, jornada de trabajo, descansos

obligatorios, reglamentos de trabajo, etc.; pero el régimen de prestaciones sociales de tales servidores es el contenido en los Decretos 3135 de 1968 y su reglamentario, el 1848 de 1969, con la salvedad de que para esta categoría de trabajadores los decretos mencionados tienen el carácter de garantías mínimas, esto es, "sin perjuicio de lo que solamente para ellos establezcan las convenciones colectivas o laudos arbitrales, celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales que regulan el derecho colectivo del trabajo", como lo establece el artículo 7º del Decreto 1848 de 1969, o de las prestaciones extralegales que se consagran en el estatuto del personal o que se hubieran establecido con anterioridad por reglamentos o acuerdos de la empresa. Pero en todo caso, el Decreto legislativo 3135 de 1968 regula íntegramente la materia relativa a las prestaciones sociales tanto de los empleados públicos como de los trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo. La casi totalidad de la red ferroviaria del país en 1950 pertenecía a la Nación, con la salvedad de algunas que eran de propiedad departamental y dos privadas. Eran nacionales los ferrocarriles del Pacífico, de Cundinamarca, Norte Sección Segunda y Sur, Nordeste, Girardot-Tolima-Huila, Cartagena, Calamar-Magdalena-Nariño, Norte Sección Primera; eran departamentales los ferrocarriles de Antioquia, Caldas y Ambalema-Ibagué. Y pertenecían a compañías privadas solamente el de La Dorada con ciento once (111) kilómetros de línea principal; y el de Cúcuta con sesenta (60) kilómetros. En total, la red ferroviaria del país estaba integrada por catorce (14) empresas, nueve (9) de propiedad de la Nación, tres (3) departamentales y dos (2) de propiedad particular. Las catorce (14) empresas ferroviarias citadas que existían en 1950, cuando se redactó el Código del Trabajo, fueron adquiridas por la Nación, inclusive las dos de carácter particular, y todas ellas integran el patrimonio de los Ferrocarriles Nacionales. El Decreto 3160 de 1968, por el cual se reorganiza el Ministerio de Obras Públicas y se dictan otras disposiciones, definió la naturaleza jurídica de la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia al decir en su artículo 54: "Ferrocarriles Nacionales de Colombia es una empresa industrial y comercial del Estado,

dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente". Sus trabajadores son en consecuencia trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo, con excepción de los que la ley o el estatuto de personal catalogue como empleados públicos. Su régimen prestacional, por consiguiente, tanto para los empleados públicos como para los trabajadores oficiales, se encuentra contenido en el Decreto legislativo 3135 de 1968 y su reglamentario, el 1848 de 1969. Tales decretos regulan íntegramente lo relativo a las prestaciones sociales de empleados públicos y trabajadores oficiales y el Decreto legislativo 3135 de 1968 en su artículo 43 establece: "El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias". En consecuencia, en materia de prestaciones sociales, y en lo relativo a la pensión de jubilación, el Decreto legislativo 3135 derogó todas las leyes anteriores al Código Sustantivo del Trabajo, enumeradas en la parte motiva de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá y según las cuales se ordena en dicho fallo reconocer y pagar una pensión de jubilación a un trabajador del departamento de transportes férreos de Acerías Paz del Río S. A. Podría argüirse que aquellas leyes se referían a empresas ferroviarias oficiales, semioficiales y privadas y que, en consecuencia, conservan su vigencia, en cuanto hace al régimen jubilatorio para los trabajadores del departamento de transportes férreos de Acerías Paz del Río, S. A., por ser esta empresa privada. Pero ocurre que todas esas leyes, hablan expresamente de empresas ferroviarias oficiales, semioficiales y particulares, de suerte que, al no existir hoy en el país sino una empresa ferroviaria de carácter oficial, las leyes en mención han perdido por entero su vigencia. Sería aberrante, por decir lo menos, y contrario a todo sentido de lógica jurídica, contrario a la unidad y certeza que debe primar en las relaciones sociales, que se pretendiese mantener en vigencia disposiciones superadas por la evolución del derecho, sobre bases artificiosamente construidas. Ello daría lugar a que si, el día de mañana Acerías Paz del Río S. A., suspende su servicio férreo, tales leyes perderían totalmente su vigencia; pero la reco-brarían mañana, cuando alguna otra em-

presa privada estableciera un servicio férreo para sus necesidades industriales. Los fundamentos de derecho precedentemente expuestos y analizados, habrán de servir a esa superioridad para casar totalmente la sentencia por violación directa de la ley al aplicar indebidamente las leyes sobre jubilación anteriores a la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo, para empresas ferroviarias, a una situación no regulada por ellas, estando actualmente derogadas”.

Para el opositor el recurrente parte de dos presupuestos que no son exactos, pues si el demandante ha venido vinculado a la sociedad demandada por un contrato de trabajo, y ésta es una empresa particular, la llamada reforma administrativa no tiene incidencia alguna en la litis, y no es cierto que el artículo 268 del Código Sustantivo del Trabajo hable de empresas oficiales, semioficiales o particulares, sino que se refiere a trabajadores ferroviarios y sólo es aplicable a los trabajadores particulares.

Se considera

En el curso del juicio ninguna de las partes invocó la calidad de trabajador oficial de Alberto Avendaño. En el entendimiento, de que Acerías Paz del Río S. A. es una sociedad anónima de carácter privado, hecho aceptado por el recurrente, hay que partir de la base de que el demandante es un trabajador particular. Por eso, en el supuesto de que el Decreto 3135 de 1968 haya derogado el régimen especial de jubilaciones para los trabajadores ferroviarios, tal derogatoria comprendería únicamente el de los trabajadores ferroviarios oficiales y no el de los particulares, por que

el citado decreto se refiere precisamente a los servidores de la administración pública. Y como de las leyes enumeradas por el recurrente como aplicadas indebidamente por el sentenciador no se desprende que el demandante sea trabajador oficial, no puede censurársele el que haya aplicado unas normas supuestamente derogadas en cuanto concierne a los trabajadores oficiales.

Aún más, no puede afirmarse que el Tribunal Superior violó por aplicación indebida el artículo 5º del Decreto 1050 de 1968, el Decreto legislativo 3135 de 1968, el Decreto reglamentario 1848 de 1969 y el artículo 54 del Decreto 3160 de 1968, normas que ni siquiera menciona, pues no las aplicó a un hecho no regulado por ellas ni les hizo producir efectos distintos de los que contemplan; por lo tanto la pretendida violación de ellas no pudo producirse por aplicación indebida, sino por un concepto diferente.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

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 el quince de junio de mil novecientos setenta y dos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Ángel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALARIO DEVENGADO Y COMISIONES CAUSADAS

El punto por resolver es, pues, el de si el fallo transcrito interpretó erróneamente los artículos 253 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo y el 8º del Decreto 2351 de 1965 al no computar dentro del salario "devengado" "en el último año de servicios" las participaciones y comisiones causadas antes de dicho año, pero recibidas por el trabajador en éste.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre veinte de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Eduardo Vallejo, por apoderado judicial, demandó a A. Aristizábal y Cía. S. A. para que fuese condenada a pagarle lo que se copia:

"1º Salarios insolutos correspondientes al 10% y bonificaciones reservadas sobre las ventas de café realizadas en los Estados Unidos en los años de 1965, 1966 y 1967 ascienden a un total de \$ 21.083.00.

"2º Auxilio de cesantía por el tiempo trabajado desde marzo 1º de 1944 hasta julio 17 de 1967 con un salario de \$ 3.455.00.

"3º Auxilio de vacaciones de 4 de mayo de 1963 a 17 de julio de 1967 con un salario promedio de \$ 3.455.00.

"4º Indemnización por la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo de acuerdo a lo establecido en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, liquidado desde el 1º de marzo de 1944 hasta el 17 de julio de 1967 con un salario de \$ 3.500.00.

"5º Reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a partir del día 17 de julio de 1967 con un salario promedio de \$ 3.455.00.

"6º Indemnización moratoria por el no pago oportuno de los salarios, prestaciones sociales y la pensión de jubilación de acuerdo a lo establecido en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

"7º Las costas del juicio".

Como hechos sustentantes de esta pretensión sostuvo haber trabajado con la demandada, mediante contrato de trabajo, desde el 1º de marzo de 1944 hasta el 17 de julio de 1967, fecha en que fue despedido sin justa causa; que el salario era variable y estaba integrado por una suma fija de \$ 670.00 mensuales, "un 10% del 50% de las utilidades y un 10% sobre los repesos del café vendido en los Estados Unidos"; que no se le pagó la indemnización por la ruptura unilateral del contrato, ni las vacaciones comprendidas entre 1963 y 1967, ni la pensión de jubilación, a que tenía derecho; que ni el auxilio de cesantía, ni las primas de servicio le fueron liquidadas "con el salario promedio mensual devengado".

La empresa respondió la demanda negando la mayor parte de los hechos o pidiendo la prueba de algunos de ellos. Sólo admitió el relativo a la fecha del retiro del trabajador, pero anotó que "con relación a la legalidad del despido no es un hecho, sino una apreciación jurídica". En cuanto a la pensión de jubilación, manifestó:

"Al séptimo. Es cierto que la empresa no ha reconocido la pensión de jubilación al actor, entre otras consideraciones porque la empresa desconocía el contrato celebrado entre el actor y el señor J. J. Hoyos Toro, y también ante la imposibilidad de lograr un entendimiento entre la empresa, y el señor Hoyos Toro, quien a la sazón había entrado en incapacidad física e intelectual debido a un derrame cerebral. Por otra parte el actor, no obstante manifestar en forma escrita que las prestaciones corrían a cargo de J. J. Hoyos Toro, en for-

ma concreta nunca solicitó a la empresa el reconocimiento de pensión jubilatoria aportando el certificado de nacimiento como prueba de la edad, requisito fundamental para tener derecho al disfrute de las mesadas pensionales.

"Hasta el presente, con una injustificada renuencia del señor Vallejo no ha remitido a la empresa el certificado para acreditar su edad, no obstante que por comunicación 12-161-69 de mayo 9 de 1969, la empresa solicitó al señor Vallejo dicho certificado para proceder al reconocimiento de su pensión jubilatoria".

Tramitado el proceso en legal forma, el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, le puso fin con sentencia de 16 de febrero de 1972, cuya parte resolutive expresa:

"Primero. Condénase a la sociedad 'A. Aristizábal & Cía. S. A.', representada por el señor Jaime Buendía, o por quien haga sus veces, a pagar a favor del señor Eduardo Vallejo, mayor de edad, e identificado con la cédula de ciudadanía N° 1345334 de Pereira, las siguientes cantidades de dinero, así:

"a) La suma de treinta y ocho mil trescientos setenta y tres pesos con diecinueve centavos (\$ 38.373.19) moneda corriente, por concepto de auxilio de cesantía;

"b) La suma de un mil veintiocho pesos con noventa y seis centavos (\$ 1.028.96) moneda corriente, por concepto de compensación de vacaciones;

"c) La suma de treinta y nueve mil doscientos ocho pesos con cuarenta y seis centavos (\$ 39.208.46) moneda corriente por indemnización por ruptura del contrato de trabajo;

"d) La suma de un mil doscientos setenta y cuatro pesos con veintidós centavos (\$ 1.274.22) moneda corriente, mensuales, a partir del dieciocho (18) de julio de mil novecientos sesenta y siete (1967), a título de pensión vitalicia de jubilación;

"e) La suma de cincuenta y seis pesos con sesenta y tres centavos (\$ 56.63) moneda corriente, diarios, a partir del dieciocho (18) de julio de mil novecientos sesenta y siete (1967), y hasta cuando se efectúe el pago de las anteriores condenas, a título de indemnización moratoria.

"Segundo. Costas a cargo de la demandada en un ochenta por ciento (80%).

"Tercero. Declárase probada, parcialmente, la excepción de pago con respecto al auxilio de cesantía, vacaciones, indemnización por ruptura del contrato de trabajo y pensión de jubilación en las cuantías a que alude la parte motiva de esta providencia.

"Cuarto. Decláranse no probadas las excepciones de prescripción, compensación, carencia de acción y título para pedir e inexistencia de las obligaciones, propuestas en la contestación a la demanda.

"Quinto. Absuélvese a la demandada de la petición primera de la demanda".

Ambas partes interpusieron el recurso de alzada, que fue resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con sentencia de 12 de septiembre de 1972 la que determinó:

"Primero. Modifícase el ordinal primero de la sentencia apelada cuyas condenas quedarán así:

"a) \$ 2.356.32 por concepto de cesantía;

"b) \$ 1.086.66 por concepto de compensación de vacaciones;

"c) \$ 19.632.55 por concepto de indemnización por ruptura del contrato;

"d) \$ 658.75 mensuales a partir del 18 de julio de 1967 por concepto de pensión vitalicia de jubilación, y

"e) \$ 3.132.70 por concepto de indemnización moratoria.

"Segundo. Modifícase el ordinal segundo y en su lugar señálase en el 50% la proporción de las costas de primera instancia que deberá pagar la parte demandada.

"Tercero. Aclárase el ordinal tercero en el sentido de que del valor de las mesadas pensionales deberá descontarse la suma de \$ 12.797.00 que el demandante recibió. Los demás pagos han sido descontados previamente.

"Cuarto. Confirmanse los ordinales cuarto y quinto del mismo fallo. Sin costas en esta instancia".

Las mismas partes recurrieron en casación ante esta Sala de la Corte, formularon sus respectivas demandas y los correspondientes escritos de réplica y con base en tales documentos se procede a decidir el recurso.

Demanda del demandante recurrente

Fija así el alcance de la impugnación:

"Solicito a la honorable Corte se sirva casar el fallo recurrido parcialmente, en cuanto se refiere a las condenas por auxilio de cesantía, indemnización por ruptura del contrato, pensión de jubilación, e indemnización moratoria y, convertida en tribunal de instancia, debe modificar el fallo de primera instancia en cuanto éste no aceptó como factor de salario la doceava parte de la comisión de \$ 10.000.00 percibida por el actor durante el último año de servicios y condenar a la sociedad A. Arizabal Cía. S. A. al pago de auxilio de cesantía liquidada con el salario promedio devengado por el actor en el último año de servicios, aumentar la comisión por indemnización por terminación del contrato teniendo en cuenta el salario promedio realmente devengado durante el año de servicios por el actor, aumentar la condena por pensión mensual de jubilación teniendo en cuenta el salario promedio devengado por el actor en el último año de servicios y debe condenar a la indemnización moratoria indefinida tomando también en cuenta el último salario devengado por el actor durante el último año de servicios".

Para conseguir este objetivo presenta siete cargos, de los cuales se estudiarán en conjunto los tres primeros, porque implican la decisión de un mismo tema jurídico.

Dice el primero:

"La sentencia impugnada viola por interpretación errónea el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, hoy 253 del Código en relación con el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, violación que se produjo a causa de la inteligencia equivocada que el juzgador de segunda instancia dio al artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 hoy 253 del Código.

Demostración:

"La sentencia acusada, consideró que las comisiones recibidas por el señor Eduardo Vallejo el 5 de noviembre de 1967, no podían imputarse al salario promedio devengado en el último año, ya que la época que debe tenerse en cuenta es aquella en que se causó el derecho. Lo que significa que

la Sala entendió el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, hoy 253 del Código en el sentido de que el promedio devengado significa no lo recibido o pagado durante el año sino los salarios o comisiones causadas en ese último año de servicios. Considero que la interpretación dada a la norma señalada es errónea pues este no es el sentido exacto que ella tiene. En efecto la palabra 'devengado', significa capacidad de percibir un derecho según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, esto significa que el legislador al dar la expresión 'el promedio, devengado en el último año de servicios' quiso que se incluyera todo lo recibido por el trabajador durante ese lapso de tiempo por concepto de salarios y este es el sentido correcto con que debe interpretarse el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 hoy 253 del Código, para efectos de la liquidación del auxilio de cesantía consagrada en el artículo 249 de la obra citada para los trabajadores de trabajo variable, pues otra interpretación como la dada por el Tribunal nos llevaría al absurdo de que un patrono podría retener comisiones o salarios, pagarlos después de la terminación del contrato de trabajo sin que dichos pagos afectaren o incidieran en el promedio básico para liquidar el auxilio de cesantía, conducta arbitraria e inequitativa que no podría conceptuar la interpretación de una norma laboral".

El segundo reza:

"La sentencia impugnada viola por interpretación errónea el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, violación que se produjo por la equivocada inteligencia que el sentenciador de segunda instancia dio a la norma señalada.

Demostración:

"La sentencia acusada interpretó erróneamente el artículo 260 del Código cuando consideró que dicha norma al señalar el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios como valor de la pensión de jubilación o pensión de vejez, no debía incluir sumas que recibidas por el actor con posterioridad a la terminación de su contrato se habían causado en fecha anterior al último año de servicios.

El sentido exacto que debe darse a la expresión salarios devengados en el último año de servicios es de acuerdo a la Real Academia, las sumas recibidas por el trabajador durante ese lapso de tiempo pues la acepción castellana del vocablo percibir es vocación o capacidad a recibir un derecho, ello nos está indicando que el sentido exacto del artículo 260 para efectos de determinar el valor de la pensión de jubilación es incluir todas las sumas percibidas por el concepto de salarios o comisiones durante el último año de servicios por el trabajador que ha adquirido el derecho a esa pensión de jubilación”.

El tercero expresa:

“La sentencia impugnada viola por interpretación errónea el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965; violación que se produjo por la equivocada inteligencia que el juzgador de segunda instancia dio al sentido de la norma señalada”.

Demostración:

“La Sala interpretó erróneamente el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 al considerar que dentro de los salarios señalados como valor de la indemnización contemplada en la norma, no se incluían los salarios o comisiones percibidos por el demandante después de la terminación del contrato, pero cuyo caso fue anterior al último año de servicios. El verdadero sentido que debe darse a la norma señalada como violada es aquel que considera que el salario promedio correspondiente al último año de servicios, debe incluir todo lo recibido por el trabajador en ese año cualquiera que sea la época en que se causó el derecho. Otra interpretación llevaría al absurdo de pensar que el patrono podría retener salarios o comisiones causadas por no incluir su valor dentro del promedio con que se liquida una indemnización por terminación unilateral del contrato”.

El opositor replica:

“Al primero. El impugnante acusa la sentencia por interpretación errónea del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 hoy 253 del Código, a causa de una inteligencia equivocada de la norma, interpretación errónea que trata de demostrar con una

cita equivocada de la definición que de la acepción ‘devengar’ trae el Diccionario de la Real Academia Española. El Diccionario la define como:

“‘Adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título. Devengar salarios, costas, intereses’.

“No es entonces la ‘capacidad de percibir un derecho’. Conforme a transcripción del recurrente sino de ‘adquirir derecho’, de allí que la Sala interpretó correctamente la norma acusada, en razón a que el actor no devengó comisión salarial durante el ‘último año de servicios’.”

“Al segundo cargo:

“Se hace consistir en interpretación errónea del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo por equivocada inteligencia de la norma, trata de demostrar también con la acepción castellana ‘devengada’ con la interpretación equivocada del impugnante a la palabra ‘devengado’ que no a la acepción ‘percibir’ que se define como:

“‘Recibir una cosa y entregarse de ella’.

“La norma al tenor del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo al referirse a la equivalencia del 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, remite precisamente a la época en que se causó el derecho a percibir la retribución salarial promedio.

“El sentenciador apreció bien la norma sin incurrir en la equivocación que se imputa.

“Al cargo tercero:

“Pretende se case la sentencia por interpretación errónea del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 por equivocada inteligencia de la norma en cita.

“Trata de demostrarse este cargo con un argumento que desvirtúa la tesis equivocada del recurrente al expresar que el:

“‘Salario promedio correspondiente al último año de servicios, debe incluir todo lo recibido por el trabajador en ese año cualquiera la época en que se causó el derecho, otra interpretación llevaría al absurdo de pensar que el patrono podría retener salarios o comisiones causadas por no incidir su valor dentro del promedio con

que se liquida una indemnización por terminación unilateral del contrato'.

"Esta interpretación sui generis es un razonamiento por la vía del absurdo. Una cosa es una retención indebida de salarios y otra que se liquide una indemnización con el último salario devengado por el trabajador. Si de años anteriores el patrono retiene salarios por comisión, inferiores a los devengados en el último año de servicios no sería legal la liquidación de aquéllos con exclusión de los del último año de servicios, ni tampoco que acrecentarían el valor de la liquidación en caso de pagarse en la fecha del retiro o con retroactividad a un año, porque no fueron devengados sino percibidos en la última anualidad, y devengar es adquirir el derecho, pagar es el efecto de reconocer el derecho ya adquirido, ya devengado. No es otra la inteligencia de la norma a no ser que sea equivocada la interpretación".

La Sala, para resolver, considera

El sentenciador expuso así el tema planteado:

"Respecto al lapso posterior se tiene que en la providencia que se revisa se determina el salario base imputando al último tiempo de servicios los \$ 12,347.60 que la sociedad le reconoció a Vallejo conforme a la cuenta-liquidación que se encuentra a folios 35 y 104, sobre los cuales anota el sentenciador de primera instancia que aunque corresponden a los años de 1964 y 1965 y al primer semestre de 1966, o sea, a un tiempo anterior, como esas utilidades apenas fueron cubiertas el 6 de noviembre de 1967, después de terminada la relación de trabajo, 'el pago real y efectivo ha de tomarse como hecho en el último año de servicios'.

"Esta tesis no resiste el menor análisis. Tradicionalmente se ha entendido, y en ese entendimiento se han originado los dos conocidos sistemas contables de causación y de caja, que los ingresos y los egresos son imputables, respectivamente, a la fecha en que se causan o a la que se pagan. Pero la que se examina implica una tercera posición que no toma en cuenta ninguno de esos factores, ni ningún otro conocido al parecer.

"De todas formas, para la Sala resulta incuestionable que en materia de derechos y de obligaciones laborales debe tenerse en cuenta la época en que se causó el derecho que se trata de satisfacer ya que, como lo enseña el artículo 1627 del Código Civil, el pago se hace bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación. Si se imputa a fecha posterior o anterior se podría concluir, absurdamente desde luego, que no se ha satisfecho y que todavía se debe la obligación de que se trata. Además, es obvio, que cuando se pagan unas participaciones correspondientes a los años 1964, 1965 y 1966, se está reconociendo que el salario de esos años fue mayor al oportunamente pagado, en la respectiva cuantía, y que desde entonces se debía la diferencia.

"Aplicando este criterio al sub judice resulta que en la liquidación aparecen varias partidas específicamente referidas a un tiempo anterior al 18 de julio de 1966, cuando se inició el último año de servicios, y que por lo mismo no pueden incidir en la determinación del salario promedio conforme al mandato del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo. En cambio, como la partida de \$ 50,000.00 por "liquidación que se hizo de los negocios de Manizales" no aparece expresamente referida a una época anterior a la indicada, y el único elemento de juicio es el de su pago posterior, bien puede entenderse que se refiere a ese último año del contrato. De esta suerte, la única comisión imputable asciende a \$2,500.00 (10% del 50%) que arroja un promedio mensual de \$ 208.33, el que sumado al sueldo fijo de \$ 670.00 da un salario básico de \$ 878.33.

".....
"Indemnización por ruptura del contrato. La demandada no ha discutido y antes bien lo aceptó expresamente (Fls. 8, 9, 10, 15, 30 y 101) el hecho de que dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo (aunque alegó algunas circunstancias que no demostró suficientemente y que en todo caso no constituyen justa causa) y ni siquiera rechazó su obligación de indemnizar; pero pretendió cumplirla mediante el pago de 60 días del salario fijo, con base en dos años de servicios (Fls. 33 y 101).

"Ocurre, empero, que, como ya se dejó sentado, el trabajador prestó sus servicios

durante 23 años, 4 meses y 16 días, que para estos efectos no tiene incidencia la sustitución de patronos (la que por sí sola no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo según se anotó), y que como el antiguo patrono no incluyó en su reconocimiento nada por este concepto el nuevo debe satisfacer la totalidad de la indemnización. De consiguiente, visto que se trata de un contrato a término indefinido y que duró por más de 10 años, este derecho debe liquidarse como lo manda la regla 4ª, literal b), del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, esto es, con 45 días de salario por el primer año y 30 días por cada uno de los años subsiguientes y proporcionalmente por fracción. Para tal efecto, como es apenas natural, se tomará igualmente el último salario.

“.....
“Pensión de jubilación. También sobre este derecho existe un reconocimiento explícito de la sociedad demandada, la que inclusive le solicitó reiteradamente al trabajador que acreditarla la edad (Fls. 31 y 44 a 47) según lo confesó éste al contestar las preguntas 15 y 16 del pliego de peticiones que absolvió (Fls. 97 y 98). Además, consignó a órdenes del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá \$ 12.797.00 para cubrir las mesadas pensionales comprendidas entre el 17 de julio de 1967 y el 31 de agosto de 1969, liquidadas con el sueldo conocido de \$ 670.00 (Fls. 71 a 77). Por lo demás, dados el tiempo de servicios y la edad superior a 55 años (Fl. 16) la obligación es incuestionable.

“Así las cosas, lo procedente es reajustar el valor de la pensión con base en el salario promedio ya establecido, al tenor de lo dispuesto en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Con este nuevo factor el valor de la pensión asciende a \$ 658.75 (75% de \$ 878.33), y ese será el que se ordene pagar en vez de la suma señalada inicialmente”.

El punto por resolver es, pues, el de si el fallo transcrito interpretó erróneamente los artículos 253 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo y el 8º del Decreto 2351 de 1965 al no computar dentro del salario “devengado” “en el último año de servicios” las participaciones y comisiones causadas antes de dicho año, pero recibidas por el trabajador en éste.

El argumento fundamental del recurrente se cimenta en la definición que trae de la voz: “devengar”, el Diccionario de la Academia Española, cuyo texto es: “Adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título. Devengar salarios, costas, intereses”. Es decir: quien devenga un salario, sueldo o retribución “adquiere derecho” a dichos sueldo, retribución o salario, cosa distinta de recibirlos o percibirlos efectivamente. Una persona puede haber “devengado” una comisión, por ejemplo, sin que la haya percibido, o sea, que “adquirió derecho” a recibirla de quien debe cubrirla.

El argumento gramatical, pues, no saca adelante la tesis del recurrente, quien confunde: “adquirir derecho” (devengar) a una retribución, con recibirla o percibirla efectivamente. Son fenómenos distintos, que el lenguaje contable distingue con claridad al denominar al primero: “ingreso causado”, cuya época de adquisición puede coincidir o no con la de entrada real al patrimonio del adquirente. Aquél, o sea, el “devengado” o “causado” se fija por su origen, mientras que el otro por el término en que sea satisfecho.

El estatuto fiscal hace esta distinción en forma muy nítida y así, por ejemplo, el artículo 24 de la Ley 81 de 1960, reza: “Se entiende realizado un ingreso cuando se recibe efectivamente en dinero o en especie apreciable en dinero, en forma que equivalga legalmente a su pago. Los ingresos recibidos por anticipado, que correspondan a ventas no causadas, sólo se gravarán en el período gravable en que se causen. Los contribuyentes que lleven libros de contabilidad debidamente registrados, a base de ingresos y egresos causados, deberán denunciar los ingresos causados jurídicamente durante el año, aun cuando no los hubiesen recibido todavía, salvo lo que establezcan los reglamentos para el caso de negocio con sistemas regulares de ventas a plazos, o por instalamentos periódicos” (Subrayados de la Sala).

Se confirma el anterior aserto razonando por el absurdo, pues si una persona “devenga” comisión retributiva de un servicio, cuyo promedio mensual es, vr. gr. de \$ 10.000.00, por el hecho de recibir su importe total, o sea, \$ 120.000.00 en el undécimo mes, no podría afirmarse que tal fue

el promedio de lo "devengado" en éste. Lo mismo ocurre cuando dicho promedio es anual y no mensual y así quien "devenga", por ejemplo, \$ 100.000.00, anuales, pero recibe de una vez lo correspondiente a tres años, es decir, \$ 300.000.00, no puede pretender lógicamente que éste fue "el promedio de lo devengado en el último año".

Sobre este punto se pronunció así la Sala en sentencia de 22 de abril de 1965 (Hernando Jiménez vs. Parcelaciones Tunjuelito S. A.):

"Considera la Sala que, tratándose de salarios variables, para determinar cuál es el que debe tomarse como base para liquidar el auxilio de cesantía, hay que buscar el promedio de lo devengado en el último año. Tal se desprende del inciso 2º del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo, que dispone promediar los sueldos cada año para saber si se produjo aumento. Si éste existió, sólo incide durante tres años. Es decir, que el promedio del salario, cuando éste ha aumentado, sirve para liquidar tres años de servicio. Ahora bien, si el promedio de los salarios devengados durante un año, es el que se toma para liquidar los períodos trienales, no hay razón alguna para no tenerlo en cuenta cuando el período es inferior a tres años, o para liquidar el último período. Erró el Tribunal, por lo tanto, al exigir la demostración del salario devengado en el último mes para liquidar el auxilio de cesantía. Sin embargo, esta falta de apreciación no alcanza a configurar el error de hecho consistente en que no se demostró el último salario promedio mensual, como pasa a verse en seguida. En la inspección ocular practicada sobre los libros se tomaron los datos sobre las sumas pagadas a Jiménez por concepto de comisiones, año por año. Pero a juicio de la Sala, tales pagos no corresponden a lo devengado en cada año, y menos en el último, pues como lo afirma el demandante en su carta de 18 de mayo de 1960 dirigida a los miembros de la Junta Directiva de Parcelaciones Tunjuelito S. A. 'la Sociedad no me ha pagado las comisiones que me adeuda desde el año de 1955 dinero que tengo destinado para cancelar dicho lote. Desde diciembre del año pasado y repetidas veces he solicitado al señor Gerente se me arregle el pago de dichas comisiones sin resultado alguno hasta la fecha'. Así es que en la cantidad que

aparece pagada en el período comprendido entre el 1º de enero de 1960 y el 7 de junio del mismo, se encuentran incluidos valores correspondientes a comisiones por ventas de lotes realizadas en años anteriores. Eso explica la notoria diferencia que se observa entre la cantidad pagada en ese período de 5 meses y 7 días, o sea \$ 11.015.12, con las pagadas en cada uno de los años anteriores, que no llegaron a \$ 5.000.00. No estando demostrada la remuneración por comisiones por la venta de lotes realizada en el último año, es imposible, con los datos que aparecen en el proceso, encontrar el último salario promedio mensual. A falta de pruebas sobre el particular, debe considerarse como correcta la segunda liquidación hecha por la empresa demandada, en la cual incluyó el valor de las comisiones, suma que consignó ante el juez del conocimiento".

Conclúyese de lo expuesto que "el promedio de lo devengado en el último año de servicio" debe efectuarse tomando en cuenta todas las sumas retributivas de servicios que se causaron en favor del trabajador durante ese año, aun cuando no las haya recibido todavía, en todo o en parte; pero sin incluir las causadas en años anteriores, no obstante el que sólo las perciba en este último, total o parcialmente.

Tal es el sentido del participio "devengado" que emplean los artículos 253 (17 del Decreto 2351 de 1965) y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, los que no interpretó erróneamente el juzgador, pues les atribuyó el mismo alcance aquí expresado.

En consecuencia, no prosperan estos cargos.

Los tres ataques siguientes los presenta el casacionista por error de hecho debido a falta de apreciación del documento de folio 101 y la inspección ocular de folios 81, 82 y 83, error consistente "en no dar por demostrado, estándolo, que la doceava parte de la comisión de \$ 10.000.00 que el trabajador recibió a la fecha de la terminación de su contrato incidía en la liquidación del auxilio de cesantía", en el "porcentaje con el cual debe liquidarse la pensión de jubilación" y "en la liquidación de la indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato".

Por eso, señala como infringidos los artículos 17 del Decreto 2351 de 1965 (hoy

253 del Código Sustantivo del Trabajo) en relación con el 249 ibídem, en el cuarto cargo; del artículo 260 del mismo en el 5º y del 8º del Decreto 2351 de 1965 en el sexto.

Se trata, pues, de resolver idéntico tema: si la comisión de \$ 10.000.00 que figura en el documento de folio 101, confirmada por la inspección ocular, debió computarse en la liquidación del auxilio de cesantía, de la pensión de jubilación y del lucro cesante. Y como lo que se decida respecto de cualquiera de estos puntos incide en los otros, se considerarán simultáneamente las tres censuras.

El opositor replica:

"Si bien es cierto que en la documental vista a folio 101 aparece una partida de \$ 10.000.00 partida que es la misma a que se refiere la diligencia de inspección judicial, conviene precisar que este pago no es constitutivo de salario. Se trata de una comisión por venta de un inmueble de propiedad de la demandada. Son honorarios por comisión y no comisión salarial debidos por encargo especial por la venta de un inmueble de A. Aristizábal & Cía. S. A. al señor Samuel Marín por un millón de pesos, correspondiéndole al trabajador una comisión del 2%, como consta en la documental al folio 101, y en la diligencia de inspección judicial folio 81, sobre este pago el trabajador no hizo ninguna objeción y en la documental aparece su firma autógrafa reconocida a posteriori, en el proceso, a folio 108".

La Sala considera

El documento de folio 101 (contentivo de la liquidación final de las prestaciones del actor), y que es el mismo del folio 33, sí fue tenido en cuenta por el sentenciador, que expresamente lo cita con indicación de ambos folios en varios pasajes de su fallo. Lo que ocurre es que sentó la tesis, ya estudiada en los tres primeros cargos, según la cual "en la liquidación aparecen varias partidas específicamente referidas a un tiempo anterior al 18 de julio de 1966, cuando se inició el último año de servicios, y que por lo mismo no puede incidir en la determinación del salario promedio..."

Y resulta que en tal liquidación se incluye el "valor del saldo de la comisión por concepto de la venta del solar o lote que se le hizo al señor Samuel Marín, por la suma de un millón de pesos, sobre las cuales ya recibió \$ 10.000.00; dos por ciento de un millón de pesos de comisión reconocida, \$ 20.000.00. Saldo adeudado... \$ 10.0000.00"; es decir, que lo que se paga según este documento, es el saldo de una comisión anterior a la terminación del contrato de trabajo del demandante y que no le había sido cubierta, razón por la cual el Tribunal no la tuvo en cuenta para sacar el promedio de lo "devengado" en el último año de servicio, de acuerdo con la diferencia examinada entre salarios "devengados" y salarios "recibidos", sin incurrir en manifiesto u ostensible error de hecho, ya que el tantas veces citado documento del folio 101 no precisa cuándo se efectuó la venta del solar o lote que dio lugar a la comisión del 2% y cuyo saldo fue cubierto al demandante con la liquidación definitiva de sus prestaciones al ser retirado de la empresa.

Y en cuanto a la inspección ocular, que no fue apreciada por el ad quem, se limita a indicar que en la misma cuenta del libro auxiliar, tomo 3º del año de 1967, "en junio 31, bajo la denominación de comisiones, aparece registrado Eduardo Vallejo por venta lote a Samuel Marín, la cantidad de \$ 10.000.00", o sea, que es este el asiento contable correspondiente al pago del saldo adeudado a que se refiere la liquidación de prestaciones de folio 101, cuya apreciación no se modifica por el mencionado asiento.

Por otra parte, el argumento del opositor es valedero, pues aquella comisión resulta aiena al contrato de que aquí se trata y en el que la remuneración del demandante consistía, según el hecho 2º de la demanda, en "\$ 670.00 mensuales y una participación del 10% sobre el 50% de las utilidades y un 10% sobre los repesos del café vendido en los Estados Unidos", y la venta del solar o lote aparece como un negocio aparte o distinto de los ordinarios de la empresa y por cuya gestión se pactó con el actor la remuneración anotada, diferente del 2% de comisión por ese negocio ocasional.

En consecuencia, no prosperan estos cargos.

El séptimo cargo reza de esta manera:

“La sentencia impugnada viola indirectamente por aplicación indebida el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 249, 253 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo; violación que se produjo a causa de errores evidentes de hecho que aparecen de modo evidente en los hechos y como consecuencia de errónea aplicación de unas pruebas y no aplicación de otras. (sic).

“Demostración:

“Es evidente que para producir la absolución que por indemnización moratoria el Tribunal incurrió en los errores de hecho que puntualizo a continuación y que aparecen de modo manifiesto en el proceso de conocimiento:

“a) No dar por probado estándolo que la demandada incurrió en mora al no cancelar el valor total del auxilio de cesantía y no reconocer el valor que le correspondía a mi poderdante por pensión de jubilación;

“b) Dar por probado no estándolo que la suma adeudada por auxilio de cesantía y por pensión de jubilación era pequeña en relación con los pagos efectuados por la demandada por estos mismos conceptos al término del contrato de trabajo.

“Pruebas erróneamente apreciadas:

“a) Documental de folio 101 que consiste en la liquidación de prestaciones sociales del señor Eduardo Vallejo;

“b) Documental que obra a folio 7 del expediente y que consiste en la comunicación enviada por A. Aristizábal & Cía. S. A. con fecha noviembre 6 de 1967.

“Pruebas no apreciadas:

“Documental que obra a folio 104 del expediente en la cual se hizo la reliquidación de salarios y prestaciones sociales por parte de A. Aristizábal & Cía. S. A. a Eduardo Vallejo.

“Diligencia de inspección judicial efectuada por el juzgado de conocimiento en las oficinas de la sociedad demandada el 13 de abril de 1970.

“Si el fallador hubiera apreciado correctamente las pruebas que he señalado como erróneamente apreciadas y además hubie-

ra tenido en cuenta las que he señalado como no apreciadas, habría tenido que llegar a la conclusión de que los valores adeudados por concepto de auxilio de cesantía y pensión de jubilación a Eduardo Vallejo por A. Aristizábal & Cía. S. A. eran suficientes para producir mora y su consiguiente indemnización, pues equivalen a un porcentaje bastante considerable dentro del contenido total de las prestaciones, pero como no lo hizo el sentenciador incurrió en los errores de hecho que he puntualizado y que lo llevaron a aplicar indebidamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, absolviendo a la sociedad demandada de la indemnización moratoria cuando ha debido fulminarse con esa condena por encontrarse plenamente probada la mora en el pago de prestaciones sociales. De acuerdo al reconocimiento anterior debe casarse la sentencia en este punto y convertida esa honorable corporación en tribunal de instancia, debe condenar a la sociedad A. Aristizábal & Cía. S. A. en indemnización moratoria indefinida confirmándose la sentencia proferida por el a quo”.

El opositor arguye contra lo anterior:

“No obstante que la Sala le hizo una juiciosa observación al a quo respecto a la procedencia de la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo quien equivocadamente condenó a mi representada por considerar que las prestaciones e indemnizaciones eran írritas y no obstante que no comparto la tesis del ad quem por cuanto tampoco opera la sanción por la simple mora en pago de estos derechos, el señor apoderado insiste en corroborar la tesis del a quo respecto a que los pagos efectuados eran pequeños.

“Ha sido reiterada jurisprudencia de la honorable Corte que la sanción del artículo 65 únicamente procede ante la manifiesta mala fe patronal y no necesariamente por el simple hecho de la mora. El pago de los salarios por concepto de participaciones de los años 64, 65 y 66 en su primer semestre, un poco tarde, no tuvo causa distinta de la imposibilidad para la empresa de determinar de manera incontrovertible qué derechos quedaron pendientes a favor del actor una vez liquidados los negocios en la ciudad de Pereira. Lo cierto es que la empresa vino a enterarse de la existencia de los valores adeudados a partir de la fe-

cha de recibo de la documental vista a folio 104, suscrita por el actor y de fecha agosto 31 de 1967, es decir, 44 días después del retiro del trabajador.

Con relación al reconocimiento de la pensión de jubilación la mora es imputable al trabajador quien nunca antes solicitó el reconocimiento de su derecho aportando la prueba de la edad. Sólo con la demanda adujo la prueba del nacimiento y de inmediato la empresa reconoció las mesadas pensionales como lo ha venido haciendo hasta el presente”.

La Sala considera

El ad quem expresó lo siguiente sobre la materia del cargo:

“Indemnización moratoria. El juez a quo fulmina esta condena considerando que las prestaciones e indemnizaciones liquidadas por la demandada resultan írritas. Pero ocurre que esta sanción solamente procede por el retardo en el pago de salarios y prestaciones (Art. 65 C. S. del T.) y que el funcionario no tuvo en cuenta los \$ 23.347.14 pagados por el mandatario de José Joaquín Hoyos Toro, los que como se anotó en su momento son imputables al mismo contrato. Con estas observaciones, y descartando también lo relativo a la pensión de jubilación de cuya demora es directamente responsable el propio trabajador por no suministrar la prueba de la edad (elemento constitutivo del derecho conforme al artículo 22 del Decreto 1611 de 1962), no resulta irrisoria la suma de los diversos pagos realizados, así: \$ 3.729.60 el 18 de julio de 1967 (Fls. 10-14 y 33-101), \$ 23.347.14 el 27 de julio siguiente (Fls. 35 y 103) y \$ 12.347.60 el 6 de noviembre de 1967 (Fl. 7). Pero como este último pago fue evidentemente retardado, según lo reconoce el propio gerente en la carta remisoria del cheque, y como por ese medio se solucionan participaciones atrasadas que constituyen salario variable, cuya mora en el pago también se planteó en el libelo, procede reconocer la mora por el tiempo transcurrido entre el 18 de julio y el 5 de noviembre de 1967, o sea, 3 meses y 17 días, que liquidados con el salario promedio de \$ 878.33 mensuales arrojan la suma de \$ 3.132.70 que se ordenará pagar en vez de la condena indefinida del literal a)”.

Comparada la alegación con que el recurrente sustenta el cargo (transcrito arriba) y lo que sobre indemnización moratoria sostiene el fallo impugnado (que acaba de copiarse) no aparece que aquél demuestre el error de hecho que sostiene, pues ni siquiera se refiere al argumento de que de la demora en el pago de la pensión de jubilación “es directamente responsable el propio trabajador por no suministrar la prueba de la edad (elemento constitutivo del derecho, conforme al artículo 22 del Decreto 1611 de 1962)”. Ni señala tampoco como erróneamente estimadas las pruebas de los folios 10, 104, 35 y 103 que expresamente cita el sentenciador para fundamentar este aparte de su sentencia, limitándose a indicar la apreciación errónea de las de folios 101 y 7.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Demanda de la demandada recurrente

El alcance de la impugnación, reza:

“Persigue el recurso que la sentencia recurrida sea casada parcialmente en sus condenas de cesantía, vacaciones, indemnización por ruptura del contrato y pensión de jubilación e indemnización moratoria, y que la honorable Corte convertida en tribunal de instancia modifique el fallo de primera instancia en cuanto no aceptó como pago la suma de \$ 23.000.00 que recibió el trabajador del anterior patrono a buena cuenta de sus derechos prestacionales y que revoque la condena por indemnización moratoria y en su lugar absuelva a A. Aristizábal & Cía. S. A. de esta netición”.

Para conseguir este objeto presenta los cargos que se estudian a continuación, junto con la súplica del opositor:

“La sentencia acusada viola indirectamente por falta de aplicación el artículo 1626 del Código Civil en relación con el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 —hoy 253 del Código Sustantivo del Trabajo— artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 14 del Decreto 2351 de 1965, 8º del mismo y artículos 260, 65, 67, 68 y 69 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de evidente error de hecho en que incurrió el sentenciador por falta de apreciación del documento visto a fo-

lio 102, que fuera ratificado por el suscribiente a folio 106 y que a folio 98 confiesa el actor haber recibido la suma de \$ 23.000.00".

Los errores de hecho que imputa a la sentencia son los siguientes:

"a) No haber dado por demostrado, estándolo, que el trabajador a cuenta de prestaciones recibió la suma de \$ 23.000.00 por cuenta del señor Hoyos Toro, anterior patrono;

"b) No dar por probado, estándolo, que el pago se hizo a buena cuenta de prestaciones;

"c) No dar por probado, estándolo, que el pago exoneraba al patrono substituyente".

Para sustentarlo sostiene que el fallo aceptó el pago de \$ 18.826.88 por prestaciones, "que no los \$ 23.000.00 que recibiera el actor (del patrono substituto) una vez que se finiquitara el contrato", no obstante que en el documento de folio 102 manifiesta, en frase que subraya, que dicho patrono "hizo una modesta liquidación de \$ 23.000.00 y yo se la acepté sin discusión".

El opositor replica:

"No cabe duda de que el Tribunal computó para el pago de las prestaciones sociales los \$ 23.000.00 pagados por la sociedad José J. Hoyos al señor Eduardo Vallejo pues ellos de acuerdo a la documental que obra a folio 103 del expediente correspondían al pago del auxilio de cesantía y de las vacaciones por el tiempo comprendido entre el primero de diciembre de 1955 y el 4 de mayo de 1963 y el Tribunal al proferir sus condenas sólo tuvo en cuenta para la liquidación del auxilio de cesantía 4 años, dos meses y 15 días, es decir, el período comprendido entre el 4 de mayo de 1963 y la fecha definitiva de la terminación del contrato, es decir el 17 de julio de 1967, por tanto no se ve la razón para que el demandante señale como error manifiesto para que se ocasione la violación por aplicación indebida cuando como ya lo señaló precisamente el Tribunal en todo su análisis probatorio da pleno valor al pago de los \$ 23.000.00 hecho por José Joaquín Hoyos T. como parte de las prestaciones sociales de Eduardo Vallejo y por el tiempo que duró la relación de trabajo".

Se estudia el cargo

Lo sostenido por el opositor es lo que resulta del fallo acusado, que dice: "Con el anterior salario, dado que quedó pendiente un tiempo de 4 años, 2 meses y 15 días, (subraya la Sala) se concluye que la demandada debe pagar una cesantía de \$ 3.696.33, y como pagó \$ 1.340.01 (Fls. 33 y 101) queda un saldo a su cargo de \$ 2.356.32 al que se condenará, modificando el literal a) del artículo primero de la sentencia impugnada".

Esto quiere decir que la condenación por cesantía abarca sólo 4 años, 2 meses y 15 días y el contrato de trabajo de que se trata tuvo duración mayor de 20 años, de donde resulta lógicamente que el ad quem admitió los pagos hechos al actor por auxilio de cesantía en las diversas liquidaciones que figuran en cuentas y que analiza ampliamente, entre otras el de \$ 23.000.00 que recibió el trabajador y que es el que figura en el documento de folio 102, cubierto por el patrono substituto.

Ahora bien, del mencionado documento, complementado con el de folio 103 (que el Tribunal estudió y el censor no cita) resulta que la relación del demandante con José Joaquín Hoyos Toro (patrono substituto) terminó el 4 de mayo de 1963; como el contrato de trabajo continuó con A. Aristizábal y Cía. hasta el 18 de julio de 1967, corren entre ambas fechas 4 años, dos meses, 15 días, que fue el período por el cual condenó el sentenciador a satisfacer auxilio de cesantía. Luego, admitió los pagos hechos por el lapso anterior, uno de los cuales fue el de la suma que el recurrente quiere se descuenta.

No aparece, por tanto, el error de hecho imputado a la sentencia en cuanto al auxilio de cesantía.

Y en lo tocante con las condenas por lucro cesante y pensión de jubilación, resulta que éstas son obligaciones surgidas a la vida jurídica después de terminada la relación de trabajo con Hoyos Toro el 4 de mayo de 1963, en razón de la cual recibió el actor los \$ 23.000.00. Por tanto, no es posible imputarlos a obligaciones inexistentes en el momento en que se efectuó el pago de esa suma y que obviamente sólo podía estar destinada a satisfacer las vigen-

tes hasta la mencionada fecha. No prospera, pues, el cargo.

El segundo está formulado por interpretación errónea del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto condenó al pago de indemnización moratoria. Pero como aparece del respectivo aparte de la sentencia acusada, que se transcribió al estudiar el séptimo cargo de la demanda del mandante recurrente, el sentenciador no hizo ninguna interpretación de ese precepto, sino que trajo a cuento situaciones de hecho por las cuales debía exonerar a la empresa de la condena indefinida impuesta por el a quo y limitarla al lapso comprendido entre el 18 de julio y el 5 de noviembre de 1967.

Como estas situaciones fácticas no pueden examinarse por la vía de la interpretación errónea, se desecha el cargo.

El tercero es de este tenor:

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo a consecuencia de evidente error de hecho que incurrió el juzgador por falta de apreciación de los documentos que obran a folios 101 y 102 del expediente.

"Error de hecho. No haber dado por demostrado estándolo que A. Aristizábal S. A. obró de buena fe cuando pagó prestaciones sociales al trabajador.

"b) No dar por probado estándolo que el trabajador al recibir el pago de sus prestaciones sociales manifestó su plena conformidad para con la empresa, reservándose únicamente el derecho para reclamar el valor de sus derechos al anterior patrono;

"c) No dar por probado estándolo que el trabajador recibió del anterior patrono la suma de \$ 23.000.00.

"La postura de la empresa fue absolutamente correcta e inspirada en la mejor buena fe. Si vino a reconocerle a posteriori es decir a los 3 meses 17 días el valor de unas participaciones se debió precisamente a la imposibilidad de precisar contablemente la existencia de la obligación a su cargo. El trabajador motu proprio elaboró una cuenta por participaciones de años anteriores no obstante que al momento del recibo de sus prestaciones sociales únicamen-

te dejó una constancia relativa a que quedaban pendientes el pago de unas prestaciones a cargo del anterior patrono o sea don J. J. Hoyos Toro. Constancia que aparece ésta a folio 101 in fine y que el fallador dejó de apreciar como documento exonerativo del pago de indemnización moratoria no obstante que para los otros efectos de pago de prestaciones sí fuera apreciado, pero no, repito, como demostrativo de la buena fe presumible en la empresa, máxime que el trabajador con gran perseverancia obtuvo del anterior patrono el pago de \$ 23.000.00 como pago de sus derechos previsionales. Cuando el trabajador informó a la demandada que había recibido la suma expresada, obviamente la empresa consideró que con el pago quedaban satisfechas sus reclamaciones y sólo por un acto de benevolencia, pudiéramos decir, a los 3 meses 17 días vino a reconocerle el valor de unas participaciones no comprobadas contablemente. Incurrió entonces el juzgador en evidente error de hecho al no apreciar también el documento de folio 102 y en especial también por el convencimiento de la demandada respecto a que nada debía conforme a la afirmación del trabajador en el recibo comúnmente denominado paz y salvo, visto a folio 101.

"La honorable Corte deberá absolver a mi representada del pago de la indemnización moratoria ante el pleno convencimiento de que obró de buena fe sin consideración a la razonabilidad del plazo como indicio de la buena fe y debido a las circunstancias especialísimas respecto a la liquidación del contrato de cuentas en participación, con intervención de un tercero no suficientemente bien informado del desarrollo del citado contrato".

El opositor redarguye:

"Por último y en lo que respecta al tercer cargo formulado en la demanda éste tampoco debe prosperar, por cuanto como ya se dijo en los dos cargos anteriores el Tribunal sí tuvo en cuenta el pago hecho por José J. Hoyos al señor Eduardo Vallejo, en cuantía de \$ 23.000.00 y por lo tanto no incurrió en ningún error manifiesto de hecho por este aspecto".

La Sala observa

El Tribunal impuso la condena por indemnización moratoria sobre la base de que "el último pago fue evidentemente retardado, según lo reconoce el propio gerente en la carta remisoria del cheque" (se subraya). Como este documento no fue acusado por estimación equivocada, queda fuera de la censura el soporte fundamental del fallo impugnado, lo que hace imposible la prosperidad del cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia. en Sala de Casación La-

boral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia impugnada. Sin costas.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Ángel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO

La sana crítica instituida para el proceso laboral conforme a las pautas del artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, obliga respecto de cada medio legal de prueba y de todos en conjunto a establecer la verdad real, que no siempre se halla en esa manifestación general al término de la vinculación, así se la suscriba sin reservas, sino que ha de reconocérsela, con examen también de las demás probanzas y de las dichas circunstancias relevantes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veintisiete de septiembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por Ciba Colombiana S. A. contra la sentencia que dictó el 30 de noviembre de 1972, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario de trabajo promovido por César Augusto Melo Gómez contra la sociedad recurrente, litigantes de las condiciones que, con las de sus apoderados, recoge el expediente que se radicó en esta Sala bajo el número 4404.

El libelo inicial impetró:

"1. Salarios. Las sumas que se establezcan por concepto de salarios y comisiones. 2. Dominicales y festivos. El valor del descanso remunerado de acuerdo con los artículos 173, 176, 177, del Código Sustantivo del Trabajo. 3. Vacaciones. Las sumas que correspondan, de acuerdo con los salarios causados, incluyendo las comisiones. 4. Cesantía. Las cantidades que resultaren de acuerdo con la reliquidación que se haga de la misma, incluyendo las sumas por concepto de dominicales y festivos y los gastos de movilización. 5. Indemnización por despido injusto. Las sumas que correspondan por este concepto de acuerdo con los salarios causados. 6. Indemnización mora-

toria. Por el no pago oportuno de los salarios y prestaciones debidas y por no hacerle practicar a mi poderdante el examen médico correspondiente, todo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. 7. Costas del juicio".

Los fundamentos de hecho se resumieron así:

"1. Entre la Empresa 'Ciba Colombiana S. A.' y el señor César Augusto Melo Gómez se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido el 1º de mayo de 1965. 2. Mi poderdante prestó sus servicios personales a Ciba Colombiana S. A. desde el 1º de mayo de 1965, hasta el 21 de octubre de 1968. 3. La empresa mediante nota del 21 de octubre de 1968, dio por terminado el contrato que había suscrito con mi mandante, de manera ilegal, unilateral e injusta. 4. La empresa adujo como causal para la terminación del contrato, hechos ilegales e injustos, como lo demuestra la certificación que se expidió al señor Melo Gómez a los 23 días del mes de octubre de 1968, suscrita por las mismas personas que habían enviado la comunicación anterior. 5. A mi mandante no le pagó la empresa el descanso remunerado de los dominicales y festivos. 6. Mi poderdante desempeñó su trabajo con eficiencia y honorabilidad. 7. En la liquidación de sus prestaciones no le incluyeron las sumas correspondientes a los dominicales y festivos, ni las correspondientes a gastos de movilización. 8. Mi pa-

trocinado en el momento de su despido devengaba un salario fijo de \$ 2.200.00 pesos, más comisiones sobre ventas, más gastos de movilización por una suma de \$ 1.200.00 pesos mensuales, que constituyen salario por ser de carácter permanente. 9. A mi mandante no le cancelaron la bonificación anual de un sueldo que tiene establecida la empresa. 10. A mi mandante se le adeudan las sumas correspondientes a los 21 días trabajados en el mes de octubre de 1968, correspondiente a gastos de movilización. 11. La empresa demandada no envió a examen de bajo (sic) a mi poderdante según era su obligación. 12. El señor Melo Gómez no ha recibido suma alguna por indemnización por despido injusto, según lo establecido en el Decreto 2351 de 1965".

Como fundamentos de derecho se invocaron los artículos 1º, 2º, 8º, 65, 173, 176 y 177 del Código Sustantivo del Trabajo, el Decreto 2351 de 1965 y las demás disposiciones concordantes.

La demandada admitió los hechos 1º y 2º transcritos, relativos a la existencia del contrato de trabajo y a su duración de 3 años, 5 meses y 21 días, y el 8º, en cuanto al valor del salario fijo, al momento del despido, de \$ 2.200.00 mensuales "y comisiones" sobre ventas, sin expresión de su cuantía, pero negando que los gastos de movilización constituyesen salario por no ser permanentes, no causarse sino en razón de vehículo que tuviera el trabajador al servicio de la empresa, y salvo inmovilización del mismo por arreglos, venta, préstamo a su familia, etc., casos en los que se concedía una ayuda de \$ 180.00 para buses, así como cuando no se tenía vehículo. Negó los demás hechos del libelo explicando que fueron justos los motivos del despido y que se cubrieron los derechos laborales causados, como lo declaró Melo Gómez en paz y salvo que extendió a la empresa, por todo concepto. Reiteró que mal podía haber pagado indemnización por despido injusto y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, pago y dolo en el trabajador por mala fe en el uso de una nota de recomendación.

Tramitada la controversia el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, la desató, en fallo de 14 de diciembre de 1971, por el que fijó los extremos de duración del contrato, en

las fechas ya expresadas, y el salario en factores básicos de \$ 2.200.00, comisiones en promedio último de \$ 3.367.02 y auxilio de transporte de \$ 1.200.00, todos ellos mensuales, y no acogió las peticiones por salarios insolutos y comisiones, y en cuya parte resolutive expresó:

"1º Condénase a la Empresa Ciba Colombiana S. A. legalmente representada, a pagar una vez ejecutoriada esta sentencia, al señor César Augusto Melo Gómez, las siguientes sumas por los conceptos que se indican: a) Por dominicales y festivos \$ 19.750.96; b) Por vacaciones \$ 4.892.27; c) Reajuste de cesantía \$ 6.225.03; d) Indemnización por despido \$ 16.951.80; e) Por indemnización moratoria la suma de \$ 206.41 diarios a partir del 22 de octubre de 1968 hasta cuando se cancele el valor de las prestaciones y salarios que ordena esta providencia.

"2º Declárase probada la excepción de pago respecto a los salarios insolutos. Las demás excepciones se declaran no probadas.

"3º Absuélvase a la Empresa Ciba Colombiana S. A., de las demás peticiones de la demanda.

"4º Costas a cargo de la parte demandada en un ochenta por ciento (80%)".

Apelada esta providencia por el apoderado de la sociedad demandada, el Tribunal mencionado de Bogotá la confirmó en todas sus partes, en la suya asimismo indicada, con costas al recurrente.

El recurso extraordinario

Recibido en legal forma persigue el quebranto parcial del fallo del ad quem, "en cuanto confirma las condenas hechas en contra de la sociedad demandada por concepto de vacaciones, valor de descanso en días domingos y festivos, reajuste de cesantía e indemnización moratoria, y que, constituida en tribunal de instancia, revoque la sentencia de primer grado en cuanto profirió tales condenas, y, en su lugar, absuelva del reconocimiento y pago de ellas a la parte demandada". En subsidio, la casación, asimismo parcial, de "la sentencia acusada, en cuanto condena por concepto de indemnización moratoria a la sociedad 'Ciba Colombiana S. A.', y que, constituida la honorable Corte en tribunal de instan-

cia, revoque el fallo de primer grado en cuanto condena al pago de dicha indemnización, y, en su lugar, absuelva por ese concepto o pretensión a la demandada”.

Para estos efectos formula tres cargos, de la causal primera, que se estudian, en su orden, así como las réplicas del opositor.

Primer cargo

Por la vía indirecta acusa aplicación indebida de los artículos 186 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 14 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por el 3º de la Ley 48 de 1968, a consecuencia de errores evidentes de hecho por equivocada apreciación de la liquidación final de prestaciones sociales (Fls. 71 y 72) y por falta de apreciación de las confesiones hechas en el escrito de demanda y al formular posiciones al representante legal de la sociedad demandada (Fls. 1 y 2 y 53) errores que consistieron:

“1º En dar por establecido, sin estarlo, que el demandante reclama el valor de las vacaciones causadas durante todo el tiempo de ejecución del contrato.

“2º En no dar por demostrado, estándolo, que el demandante simplemente se limita a reclamar el reajuste del derecho a vacaciones.

“3º En concluir equivocadamente, siendo todo lo contrario, que al demandante no se reconoció y pagó las vacaciones causadas durante la vigencia del contrato.

“4º En considerar como ‘principio de mala fe de la empresa’ el no haberse reconocido, según el Tribunal, las vacaciones a que tiene derecho el demandante”.

En desarrollo de este ataque el recurrente manifiesta que el Tribunal no apreció la confesión de parte del apoderado del demandante al preguntar en posiciones que la liquidación de prestaciones efectuada por la sociedad al demandante Melo Gómez no incluyó las sumas correspondientes a gastos de movilización y a dominicales y festivos “en relación a las comisiones”, (sin mencionar las vacaciones) como tampoco apreció la confesión en el petitum de la demanda inicial, limitado, en relación con el dicho extremo de vacaciones, a la no inclusión de las comisiones, y que en la causa petendi o hechos del mismo escrito ni siquiera se negó que se adeudaran las tales

vacaciones. Por lo cual sostiene que: “Si el juzgador hubiera apreciado estas confesiones de la parte demandante, habría concluido necesariamente que el actor no niega sino que, por el contrario, implícitamente admite que las vacaciones causadas le fueron reconocidas y pagadas. Ni siquiera niega su pago en los hechos de la demanda, como sí lo hace con notoria mala fe respecto de otras pretensiones canceladas, tal la concerniente a los salarios de los últimos veintiún días de servicio. (Fl. 81). De haber apreciado dichas pruebas habría concluido que lo que el demandante reclama es simplemente su reajuste, el cual ya no puede hacerse en sede de instancia porque violaría la prohibición de la ‘reformatio in pejus’.”

Agrega, respecto de la liquidación de prestaciones sociales y recibo de su pago por el demandante, sin reserva de ninguna clase, que esta prueba se apreció equivocadamente “porque da su simple lectura se evidencia que a la terminación del contrato, la compañía quedó a paz y salvo con el trabajador por todo concepto, por lo cual “en constancia y señal de asentimiento y conformidad” la firmó sin ningún reparo. Además, declaró que con el recibo de la suma total liquidada quedaba satisfecho el ‘valor correspondiente a las prestaciones sociales a que tengo derecho según las leyes vigentes por todo concepto’. Si hizo esta aclaración era, sin lugar a dudas, porque las vacaciones causadas durante la ejecución del contrato le fueron oportunamente reconocidas. Es más irrefutable esta conclusión si se examinan en conjunto las pruebas anteriormente singularizadas, pues no queda duda de que las vacaciones causadas le fueron concedidas”.

Por todo lo cual concluye:

“Debido a la falta de apreciación de aquellas pruebas y a la equivocada apreciación de esta última, el juzgador incurrió en los errores de hecho que se dejan demostrados con carácter de evidentes u ostensibles. Es tan infundado el análisis que de la prueba señalada como mal apreciada hace el juzgador, que no puede menos de admitir que el pretendido no pago de las vacaciones, apenas sí llega a constituir un ‘principio de mala fe de la empresa’. Esa pretendida mala fe nunca ha existido en la parte demandada.

"A consecuencia de tales errores evidentes de hecho, el Tribunal violó indirectamente los artículos 186 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como también el 14 del Decreto 2351 de 1965, que consagran, la primera y última norma el derecho a vacaciones y su compensación, y la segunda, el derecho a la indemnización moratoria. Debe, pues, en sede de instancia revocarse la condena que el juez a quo hizo por concepto de vacaciones, como también la referente a indemnización moratoria, porque tal prestación social fue cancelada, absolviendo a la sociedad demandada de tales prestaciones. Tal es el alcance de la impugnación correspondiente a este primer cargo".

Para el opositor el cargo no plantea una proposición jurídica completa, pues, "el fallador para adoptar la solución condenatoria que contiene la providencia impugnada se basó en que la parte demandada no demostró que el actor durante la vigencia del contrato de trabajo hubiera disfrutado del descanso vacacional a que se refiere el artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo, como tampoco acreditó el pago por concepto del valor compensatorio en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 189 de la misma obra". Y respecto de los errores que pretende el acusador manifiesta que el texto del *petitum* de la demanda inicial es diferente, sobre vacaciones, a lo que alega aquél y que le correspondía al patrono demostrar el pago, así fuera parcial, de esa prestación, aprovechando al efecto la diligencia de inspección ocular, cosa que no hizo.

Se considera

La condena por vacaciones reposa en los artículos 186 y 189 del Código Sustantivo del Trabajo, expresamente citados por el a quo en el fallo que confirmó el *ad quem* en todas sus partes. El cargo presenta como violados aquel texto del Código y el 14 del Decreto 2351 de 1965, que sustituyó al 189 del dicho estatuto laboral. Carece de razón, por lo tanto, la crítica del opositor acerca de que no se formuló una proposición jurídica completa.

El ataque, que debe estudiarse, obedece a que los juzgadores de instancia condenaron al valor de las vacaciones causadas

y no disfrutadas durante todo el tiempo trabajado, cuando esto no fue lo pedido en la demanda inicial, cuyo aparte correspondiente sólo reclama el reajuste del derecho, según el recurrente en casación (en razón de no haber incluido las comisiones, para liquidar ese derecho), como aparece del texto de aquel *petitum*, y de la pregunta respectiva en posiciones, que se contrajo a la no inclusión de "las sumas correspondientes a gastos de movilización ni de las que corresponden por concepto de dominicales y festivos 'en relación a las comisiones,'" confesándose así que las vacaciones causadas fueron reconocidas y pagadas (implícitamente, por no versar el interrogatorio relativo a la liquidación de prestaciones sobre este derecho de vacaciones). Además, en la presentación de los fundamentos de hecho de la demanda no se incluyó ninguno que las contuviera como causa *petendi*, y, finalmente, el paz y salvo otorgado por el trabajador cubrió todas las prestaciones sociales.

Para la Sala la petición sobre vacaciones, del libelo inicial, transcrita en su oportunidad, autorizaba, en su amplia presentación, el entendimiento de los juzgadores; y aunque en el relato de los fundamentos de hechos no se puntualizó alguno relativo a esa pretensión ni se expresó, como omisión, el que no se hubiesen disfrutado las causadas ni compensado su valor, ese derecho emerge de los factores tiempo servido y salario, contenidos en los hechos 2º y 8º. La posición defensiva en instancia debió comprender el reclamo total que entendieron los falladores, sin que el reajuste que afirma el cargo se exhiba con la evidencia que se requiere para su prosperidad. Ciertamente, por otra parte, que a la pretensión se opuso, tanto para un reclamo total como para el reajuste que aquí se plantea, el finiquito expedido por el trabajador. La jurisprudencia ha reconocido validez a estos reconocimientos, en concurrencia de todos los factores que determinen convicción y respecto de lo realmente pagado; mas si en el proceso se establece que ellos no cubrieron todo lo debido jurídicamente no puede atribuírseles un poder solucionador general, como también ha sido largamente explicado. En el sub *judice* el trabajador expidió el paz y salvo que aduce el cargo; pero apreciado, en sana

crítica, en razón de otras pruebas, que él no cubrió todos los derechos, mal puede oponérsele, con carácter absoluto, a aquella apreciación. Muchísimo menos cuando el documento mencionado contiene expresión de que "la Compañía queda a paz y salvo para conmigo por todo concepto, de acuerdo con la liquidación antes transcrita", (subraya la Corte) liquidación en la cual no se menciona nada relativo a vacaciones. Las circunstancias primeramente consideradas no ostentan la confesión que pretende el acusador ni de la inspección ocular, por ejemplo, o de cualquier otro medio legal aparece el disfrute de las vacaciones o su compensación legal en dinero, como le incumbía probarlo al patrono, por constituir estos hechos pago de la obligación correspondiente.

En las condiciones explicadas no se configuran en forma manifiesta los dos errores que se presentan como primeros ni el tercero sobre solución del derecho a que condenó el fallo recurrido. El cuarto, sobre mala fe, es impertinente respecto de la aplicación de los artículos 186 del Código Sustantivo del Trabajo y 14 del Decreto 2351 de 1965, que sustituyó al 189 del dicho estatuto, pues con ella o sin ella, procede la condena vacacional no habiéndose demostrado el disfrute del descanso ni su compensación en dinero. Que, se repite, en el sub lite no alcanza a probarse con el solo documento examinado. Y no se piense en la necesidad de acusar ese error de hecho, en razón de que el cargo también impugna la condena moratoria, porque, en tratándose de indemnizaciones —y la compensación ordenada lo es— no procede, en el ámbito del contrato de autos, la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, con lo cual cualquier violación (desde este punto de vista) requeriría un planteamiento distinto. Además de que la tal condena, en el fallo impugnado, responde a otros extremos no considerados en este ataque.

Por todo lo expuesto, no prospera.

Segundo cargo

Acusa aplicación indebida, por la vía indirecta, de los artículos 172, 173, 174, 176, 177 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los textos 51 del Có-

digo de Procedimiento Laboral y 244 del Código de Procedimiento Civil, a consecuencia de errores evidentes de hecho por equivocada apreciación de la diligencia de inspección judicial de folio 96 y del dictamen pericial anexo a esa inspección (Fls. 105 a 117) así como de la liquidación de prestaciones suscrita por el trabajador de folios 71 y 72. Esos errores consistieron:

"1º En no dar por demostrado que a la terminación del contrato, el demandante declaró a la sociedad demandada a paz y salvo por todo concepto laboral, lo cual comprende salarios y prestaciones.

"2º En dar por establecido, sin estarlo, que la parte demandante comprobó eficazmente el salario promedio devengado por comisiones en cada una de las semanas que se prolongó la ejecución del contrato.

"3º En considerar que la sociedad demandada adeuda el valor del descanso en días domingos y otros días festivos en cuanto a la parte del salario que el trabajador devengó como comisiones.

"4º En concluir que la sociedad demandada obró de mala fe al considerar que no debía el valor de los descansos reclamados".

El recurrente manifiesta que si en la liquidación de prestaciones, Melo, en forma libre y espontánea, sin ninguna reserva, declaró a la sociedad demandada a paz y salvo por todo concepto, así debió apreciarse, inclusive respecto del valor del descanso en domingos y festivos, y constituye error ostensible admitir lo contrario. Mas en el supuesto de que esos descansos no se hubiesen pagado, en el valor a que se condenó, lo cierto es que en el proceso no se comprobó eficazmente el promedio devengado por comisiones en cada una de las semanas de ejecución del contrato, como lo exige el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, porque no se le estableció en la diligencia de inspección ocular, que era el medio idóneo, sino por prueba pericial impertinente. Por lo cual concluye:

"Debido a la apreciación errónea de las pruebas anteriormente singularizadas, el Tribunal incurrió en los errores evidentes de hecho que se dejan demostrados. Si no los hubiera cometido, no habría violado indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 172, 173, 174, 176, 177 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que en su

orden consagran o regulan, el derecho al descanso dominical remunerado, la remuneración de tal descanso, el valor de la remuneración, el promedio base para liquidarlo cuando el salario es variable y el derecho al descanso en otros días festivos y su retribución, y, el derecho a la indemnización moratoria. Tampoco habría transgredido los artículos 249 del Código Sustantivo del Trabajo y 17 del Decreto 2351 de 1965, —normas que también señalo como violadas indirectamente por aplicación indebida— y que consagran el derecho al auxilio de cesantía y su forma de liquidación.

“Habría concluido el Tribunal, si no hubiera incurrido en los errores evidentes de hecho anteriormente anotados, que los descansos reclamados se pagaron o que no se demostró el salario promedio semanal indispensable para liquidarlos, por lo cual, en uno u otro caso, se debe revocar la condena que por tal concepto profirió el juez a quo, como también la referente a reajuste de cesantía, absolviendo de su pago a la sociedad demandada. Y no adeudándose salario ni prestación de ninguna clase, mal se podía imponer la sanción por mora o indemnización moratoria, por lo cual de esta pretensión también debe absolverse. Tal es el alcance de la impugnación correspondiente a este segundo cargo”.

El opositor sostiene la validez de las apreciaciones de los fallos sobre las pruebas destacadas y, consecuencialmente, la corrección de ellos en derecho.

Se considera

El cargo versa principalmente sobre la condena, que afirma indebida, por la remuneración de los descansos en domingos y festivos, en la parte correspondiente a las comisiones, y también, sobre la incidencia de ella en el reajuste de cesantía y en la indemnización moratoria por no haberse solucionado estos derechos.

A aquella petición básica la sociedad opuso el paz y salvo firmado por el trabajador, por todo concepto y sin reserva de derecho alguno, como se esgrime en el recurso extraordinario (hechos 5º y 7º del libelo inicial y contestación a los mismos en folio 35). Para los juzgadores, sin embargo, Melo Gómez fue trabajador al que se

remuneraba con salario variable (hecho éste que aparece de varias probanzas y que el recurso no discute) por lo que, para los efectos de la remuneración del descanso dominical (y otro tanto ocurre con los festivos de ley según el artículo 177-2 C. S. del T.) el salario computable es el promedio de lo devengado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados, conforme al texto 176 del dicho estatuto. Por lo que al demandante de autos no bastaba pagarle el sueldo fijo en el entendimiento de que éste comprendía “el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado” (artículo 174-2 C. S. del T.) sino que debía computársele lo correspondiente a comisiones. Y como la sociedad demandada no estableció con prueba concreta alguna (confesión, testimonio, inspección judicial, libros, recibos, documentos distintos del “paz y salvo” general) que los tales descansos se hubiesen remunerado así, es decir incluyendo lo correspondiente a las comisiones y, por el contrario, en el experticio el fallador encontró la manifestación de que “no aparecía constancia en la empresa de que dichas cantidades se le hubieran pagado” (Fl. 117) procedía la condena respectiva, como efectivamente fue despachada. El recurso opone, para afirmar la violadora de esos textos de ley, y ésta fue igualmente la posición defensiva en instancias, el documento que contiene la liquidación final de salarios y prestaciones, firmado por el trabajador, en el que se apoya el primero de los errores de hecho acusados. La Sala no niega, en absoluto, validez a esos denominados finiquitos. Para ese rechazo o desestimación no bastan, en persuasión racional, consideraciones tan superficiales como las del opositor acerca de la inferioridad económica del trabajador. Pero tampoco puede atribuirse a dichos documentos, del mismo modo absoluto, tal poder de convicción que, por solo ellos, se declaren solucionados todos los reclamos, desatendiéndose las demás probanzas y las circunstancias relevantes del pleito. Por el contrario, la sana crítica instituida para el proceso laboral conforme a las pautas del artículo 61 del Código Procesal del Trabajo obliga respecto de cada medio legal de prueba y de todos en conjunto a establecer la verdad real, que no siempre se halla en esa mani-

festación general al término de la vinculación, así se la suscriba sin reservas, sino que ha de reconocérsela, con examen también de las demás probanzas y de las dichas circunstancias relevantes. Y en la apreciación de autos lo que aparece no es que se hubiese prescindido del documento en cuestión o rechazado sus manifestaciones sin razón alguna, sino que de otras pruebas, del conjunto probatorio y aun de la posición defensiva del demandado —que hasta en el recurso extraordinario se muestra admitiendo el supuesto de que los descansos no se remuneraron con imputación de lo correspondiente a comisiones, para alegar tan sólo acerca del establecimiento debido de su valor— se concluyó que verdaderamente la empresa no había solucionado el derecho respectivo en la forma legal. El finiquito de autos, no tiene, pues, en sana crítica, el poder de convicción que le atribuye el cargo; por el contrario aparece apreciado en sí mismo, pues no contiene el extremo reclamado, y en confrontación, además, con las otras probanzas y circunstancias del pleito, y no es concluyente, en el sub lite, para exhibir los errores fundamentales con que se impugna la condena al valor de la remuneración de los descansos legales, por la parte correspondiente a comisiones.

Mas se aduce, finalmente, en posición secundaria, que ese valor de comisiones no se obtuvo de medio idóneo. Conviene recordar que la prueba respectiva fue un experticio, excluido de examen en casación por ordenamiento del artículo 7º de la Ley 16 de 1969, sin que, por otra parte, se haya demostrado error respecto de prueba calificada que lo introduzca a consideración, conforme a la jurisprudencia de la Sala que invoca el recurrente. Mas, en lo que toca a la prueba misma, el juez laboral seguramente conoce y sabe hacer las operaciones aritméticas fundamentales y puede y debe registrar, en inspección ocular, las cifras que contengan, en libros, escritos, etc., las comisiones y los demás hechos que reclama el ataque para descalificar el experticio. Pero la situación de autos no fue de esa simplicidad, sino que requirió, en numerosas piezas y operaciones, la determinación de unos valores que no estaban listos a la sola verificación judicial sino que imponían, en estimación del juez, asesoría

de conocimientos especiales, que fue lo que hizo conforme al artículo 51 del Código Procesal del Trabajo. En estas condiciones no es estimable la censura formulada.

Se concluye de todo lo anterior que el Tribunal no incurrió en los errores acusados y no hubo, por ello, violación de los textos sobre remuneración de los descansos legales, en el sub lite. Tampoco, la incidencia que se atribuye sobre el reajuste de cesantía, por estimación de ese valor conforme a las razones del cargo. Ni consecuenzialmente respecto de la indemnización por mora, en lo que proviene de lo estudiado, que no ha tenido prosperidad.

Tercer cargo

Acusa aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los textos 55, 174-2 y 132 de la misma codificación, a consecuencia de errores evidentes de hecho en la apreciación de la liquidación final de prestaciones, las documentales sobre el despido del trabajador y certificación posterior de retiro voluntario y desempeño correcto de sus funciones y la absolución de posiciones del representante legal de la sociedad demandada, y por falta de apreciación de la confesión contenida en el escrito de demanda, en el contrato de trabajo de folio 6, en la confesión al preguntar en posiciones y en la diligencia de inspección ocular.

Los errores consistieron:

“1º En no dar por demostrado, estándolo plenamente, que la sociedad demandada ha actuado con la mejor buena fe, al negar con razones atendibles y serias los derechos reclamados por el demandante.

“2º En considerar, contra toda evidencia, que ‘no existe motivo demostrado que exonere de la responsabilidad contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a la demandada’.

“3º En no dar por demostrado que la sociedad demandada creyó razonablemente, de buena fe, que no debía ni debe el valor de los descansos, reajuste de cesantía y las vacaciones que reclama el actor.

“4º En dar por demostrado, siendo todo lo contrario, que ‘no se encuentra explicación razonable y equitativa a las actitudes de la sociedad demandada’, ‘especialmente desde la fecha del rompimiento del contrato de trabajo’.”

El recurrente alega que de aquella liquidación final, aceptada y firmada sin reparo por el trabajador, era razonable la actitud de la compañía de considerar que nada debía por salarios y prestaciones; que el que la demandada no hubiese podido demostrar la justa causa del despido, hecho éste cuya indemnización no genera condena moratoria, tampoco cabía deducir conducta censurable, que se sancionó, además, con yerro flagrante, por existir una carta de despido y una recomendación posterior que parece contradecirla; que de las posiciones absueltas por el representante de la empresa acerca de esos hechos no se colige ninguna mala fe de la empresa; que la sociedad pagó lo que debía y no es irrita la suma cancelada, y que teniendo el trabajador sueldo fijo y comisiones, y liquidándose éstas mensualmente, no era censurable entender frente al artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo que con el pago de la retribución convenida quedaban satisfechos los descansos en domingos y festivos de ley acerca de las cuales el trabajador, con mala fe, nunca reclamó.

Para el opositor las pruebas establecen el juicio del *ad quem* y el fallo debe mantenerse.

Se considera

El cargo versa sobre la indemnización moratoria a que condenó el Tribunal, conforme al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por no encontrar en el patrono razón que justificase su conducta de despedir al trabajador invocando justa causa (de los numerales 4º y 5º del artículo 60, C. S. del T.), y expedirle, dos días después, una constancia sobre retiro voluntario y correcto desempeño de sus funciones, de modo contradictorio, engañoso y eventualmente perjudicial para terceros; ni, además, motivo atendible para que no hubiese cancelado, a la terminación del contrato, el reajuste de cesantía y la remuneración de los días de descanso legal, derechos que eran incuestionables.

Estima la Sala que las consideraciones de los juzgadores sobre aquel primer hecho indicador de mala fe patronal son improcedentes para la aplicación del mencionado texto 65. Pues éste lo que sanciona es la mora en la insatisfacción, al terminar el

contrato —salvo los casos de retención autorizada por la ley o convenidos por las partes— de los salarios y prestaciones debidos, y no otro comportamiento del patrono durante la relación de trabajo o a su extinción, que, en siendo ilícito, tiene su juzgamiento propio. La exégesis del fallador acerca del examen general de la conducta del patrono y de la específica de autos, sobre la manera como contradijo inaceptablemente su propia manifestación de ruptura unilateral, tenía procedencia respecto del extremo sobre terminación del contrato, pero constituye violación de un texto singularmente concebido para indemnizar la mora injustificada en la satisfacción de determinados derechos laborales, en un momento igualmente señalado.

En cambio, no encuentra la Sala en las probanzas que aduce el acusador —ni fuera del rigor del recurso extraordinario en alguna otra del expediente— los motivos atendibles para que Ciba Colombiana S. A. no le hubiese pagado a Melo Gómez, a la terminación del contrato, la remuneración de los descansos en domingos y festivos, en la forma legalmente debida, derecho que estaba insoluto, y por cuya insatisfacción procedía entonces la indemnización moratoria. El artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, establece cómo deben remunerarse esos descansos en el caso de salario variable, como era el del trabajador de autos, vendedor a comisión a conocimiento pleno e indiscutido del patrono. La ignorancia de ese texto no puede aducirse válidamente y, por el contrario, constituiría mala fe. Ni aparece aceptable, como se alega, que este derecho no se hubiese cancelado porque Melo devengaba sueldo básico mensual y comisiones que se liquidaban mensualmente, entendiéndose por ello el patrono que aquella primera parte cubría debidamente la remuneración de los descansos mencionados, o que con el pago de aquel básico y de las comisiones nada quedaba a deber, porque tales entendimientos son abiertamente contrarios a las disposiciones legales. Así se ha expresado desde mucho antes de la vinculación de autos, con criterio constante:

“Este punto ha sido resuelto por la Corte en numerosos fallos, cuya doctrina aparece confirmada en el de 15 de febrero de 1969 (Sears Roebuck de Medellín S. A. contra

Gaman Jaramillo Torres G. J. Nos. 2306 a 2308), en el que expresa:

“El razonamiento del *ad quem*, sobre la cuestión sometida a examen, responde, en lo fundamental, a lo que expresa, el acusador, esto es, que el artículo 133 del Código Sustantivo del Trabajo, se refiere al salario estipulado por unidad de tiempo, que a la comisión no se le puede aplicar el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo y que la percibida por el actor, variable y a título de salario, se gobiernan por el artículo 176 del estatuto mencionado.

“Acerca de tales entendimientos la jurisprudencia de la Corte tiene definido con criterio que debe reiterarse:

“a) El salario que define el artículo 133 del Código se concreta a los que llevan el nombre de jornal y sueldo únicamente. Si las palabras jornal y sueldo comprendieran no sólo el salario estipulado por días o por periodos mayores, respectivamente, como lo dispone la ley, esto es, por unidad de tiempo, sino que abarcaran también el salario variable en cualquiera de sus modalidades (por obra o a destajo o por tarea, por comisión, participación de utilidades, etc.) como lo asevera el recurrente, rebasarían lo que con ellas quiso definir el legislador, sistema de interpretación que contraría el criterio fijado por el artículo 28 del Código Civil (G. J., 2271, Pág. 401);

“b) Si los contratantes de acuerdo con la facultad del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo para estipular libremente el salario, escogen la remuneración por unidad de tiempo, la regla aplicable para remunerar los descansos en domingos y festivos es el artículo 174; si optan por el salario variable opera la doctrina del artículo 176. Se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales. (La misma sentencia de la Corte en Gaceta Judicial y páginas citadas);

“c) El salario variable ‘no es fijo en su cuantía’. ‘La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento

que debe seguirse expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (Art. 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (Art. 177, inciso 2º).

“No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalidades, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable, para su cancelación en el segundo. Debe descartarse, por consiguiente, el argumento a pari o de analogía.

“No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del artículo 174-2, lo haya sustraído, por ese solo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cuál es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución.

“No es exacto, como lo asevera el acusador, que el artículo 176 del Código sólo se aplica a ‘los salarios variables estipulados por días’. Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el artículo 133, en relación con el 134, inciso 1º, del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al período que regule su pago.

“El nombrado artículo 174 contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales; el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino el de que

el pactado lo sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos.

“Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador, con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente.

“La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (Art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado período de tiempo (semanas, quincenas, o meses)”. (Sentencia de 30 de agosto de 1973. Raúl Bautista Cerveto contra Impulsadora Colombiana de Hoteles Ltda.).

Tampoco se puede justificar la mora de autos por la liquidación final de prestaciones y su aceptación por el trabajador, porque ese “finiquito” carece del poder general que se le atribuye, mucho más cuando no comprendió el derecho a la remuneración de estos descansos, y porque por tal documento no podía entender el patrono, recta y legalmente, que no debía lo que la ley ordena o que había sido liberado en renuncia de derechos por el trabajador. El que éste, en fin, no hubiese reclamado la remuneración correspondiente durante todo el tiempo de ejecución del contrato constituye acto suyo, atribuible a diversos motivos, que el acusador fija en mala fe de Melo Gómez, pero que, en cualquier supuesto, ni justifica al patrono, ni compensa conductas, ni exonera de la sanción moral.

Aunque el sentenciador, pues, se hubiese equivocado al apoyarse también en el certificado que expidió el patrono dos días y después de haber despedido a Melo Gómez invocándole justa causa, y, en general, al entender que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, sanciona comportamiento distinto del específico que él contempla, las probanzas destacadas por el acusador no establecen el error manifiesto sobre las razones atendibles que tuviese el patrono de autos para no cancelar, como debía, la remuneración de los descansos en domingos y festivos de ley. Este otro soporte sostiene el fallo recurrido. Pues ni el finiquito contuvo ese derecho ni tiene el poder general que se le atribuye, ni de la ley, ni de la jurisprudencia ni de las otras pruebas aparece motivo que justifique la mora sancionada. En estas condiciones no se configura el error fundamental acusado, ni su incidencia en el reajuste de cesantía ni, en fin, la violación de las normas que se predicán en razón suya.

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 de fecha 30 de noviembre de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio instaurado por César Augusto Melo Gómez contra Ciba Colombiana S. A.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado sustanciador: Doctor Juan Benavides Patrón).

I. En sentencia fechada el 27 de septiembre de 1973 la Corte resolvió el recurso de casación interpuesto, por medio de apoderado, por Ciba Colombiana S. A. contra la que dictó, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de noviembre de 1972, en el ordinario de trabajo promovido, también por representante judicial, por César Augusto Melo Gómez contra la sociedad mencionada.

El fallo del juzgador ad quem confirmó, en todas sus partes, con costas al apelante, el del a quo, proferido el 14 de diciembre de 1971, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, por medio del cual se condenó a la demandada a pagar al mencionado demandante las sumas de \$ 19.750.96 por dominicales y festivos; \$ 4.892.27 por vacaciones; \$ 6.225.03 por reajuste de cesantía; \$ 16.951.80 por indemnización por despido y, a título de indemnización moratoria, \$ 206.41 diarios a partir del 22 de octubre de 1968 hasta cuando se cancele el valor de los salarios y prestaciones allí ordenados, declarándose, además, probada la excepción de pago respecto a súplica por salarios insolutos y no probadas las otras excepciones que formuló la demandada, a la que se absolvió de las restantes peticiones del libelo inicial, con costas de la instancia para ella, en un 80%.

La sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte no casó la del Tribunal, luego de haber estudiado los cargos de la demanda respectiva, que procuraban su quebranto, en cuanto a las condenas por vacaciones, valor del descanso en domingos y festivos, reajuste de cesantía e indemnización moratoria, para que, en sede de

instancia, se revocara el fallo del a quo y se absolviera a la demandada de estos extremos de la litis. Los ataques del recurso extraordinario, en número de tres, fueron todos por aplicación indebida de los textos relativos a aquellas condenas, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las probanzas; y, en lo que se relaciona con la indemnización moratoria, para establecer que no hubo en el patrono la mala fe que apreciaron los falladores del juicio, o la ausencia de razones atendibles para no pagar los salarios y prestaciones debidos a la terminación del contrato laboral de autos.

II. En escrito presentado el 13 de octubre último, el apoderado de la sociedad recurrente solicita que se decrete la nulidad de la actuación a partir de la fecha de dicha sentencia y se convoque a Sala Plena Laboral por la Sección que la dictó para que resuelva si debe o no cambiarse o modificarse la jurisprudencia que se venía sosteniendo sobre materia contenida en ella y que, a su juicio, fue cambiada o modificada en esa decisión de la Sección Primera, por sí sola o separadamente, esto es, sin intervención de las dos Secciones de la Sala de Casación Laboral, como debe hacerse, conjuntamente, conforme al artículo 7º del Decreto 1819 de 1964. Para sustentar esta petición el memorialista alega que ha constituido "jurisprudencia uniforme y reiterada de la Sala de Casación Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia que no puede estimarse censurable sino atendible o ajustada a la buena fe la conducta de la empresa o patrono que se basa en la consideración de que, al pagar a un trabajador su salario en forma de porcentaje o comisión, bien podía creer que en dicha comisión está incluido el valor de los descansos correspondientes a días domingos y festivos, conceptuar que la deuda proveniente de éstos no es cierta y haberse abstenido de solucionarla"; y que en el caso resuelto, al cual se refiere, se dejó de aplicar ese criterio para llegar a la conclusión

contraria, se cambió la jurisprudencia por una sola Sala, no pudiéndose hacer así, pues la reunión de las dos, para ese efecto, es una garantía de raigambre constitucional que dice relación a la constitución y desarrollo del debido proceso y cuya omisión comporta necesariamente la nulidad de lo actuado, porque implica desconocimiento de las formas propias del juicio o proceso. Recalca que, en el presente asunto, “frente a una misma situación o cuestión fáctica se cambió de criterio jurisprudencial” y para precisar éste transcribe pasajes, que estima pertinentes, de sentencias de la corporación dictadas el 31 de enero de 1964, en el negocio de Emma Esperanza Rocha de Padilla contra Sears Roebuck; el 13 de febrero de ese mismo año de 1964, en el de Ildefonso Unigarro López contra Sears Roebuck de Colombia; el 13 de abril de 1964, en el de Oscar Botero contra dicha sociedad; el 11 de febrero de 1964 en el de Rómulo Ramírez contra Sears Roebuck de Bogotá; y, más recientemente, el 2 de agosto de 1972 en el de Roberto Arango contra Société Parisienne D' Expansion Chimique S. A., y recuerda, con Escriche, que jurisprudencia “es el hábito que se tiene de juzgar de tal manera una misma cuestión, y la serie de juicios o sentencias uniformes que forman uso o costumbre”.

III. El opositor en el recurso extraordinario estima, por su parte, que la sentencia de la Sala a que se refiere el memorialista no cambia jurisprudencia alguna y, por el contrario, ratifica la contenida en decisiones repetidas acerca del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo y, en cuanto al artículo 65 del mismo, sostiene que su aplicación de condena en el juicio obedeció a hechos probados y que “la buena fe debe concretarse siempre a casos particulares y no generales” y que no puede “hablarse de cambio jurisprudencial por el hecho de que en este caso y no en otros, se haya condenado a indemnización moratoria”.

Se considera

En materia de “salarios caídos”, o indemnización moratoria conforme al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que constituye criterio uniforme, constante, reiterado de la Corte es que su aplicación no procede automáticamente, ante la

sola falta de pago, por el patrono, de los salarios y prestaciones debidos, sino tan solo en sanción a su mala fe, que se ha precisado en la ausencia de razones atendibles para no satisfacer esas deudas laborales en el momento ordenado por el legislador. Tal criterio responde a la elaboración jurisprudencial que efectuó el Tribunal Supremo del Trabajo en exégesis del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, que fue la norma antecedente del dicho texto 65 y que pasó a la codificación laboral de 1950 con advertencia de sus redactores acerca de que debía mantenerse ese sentido, según aparece de las actas correspondientes. Sobre todo lo anterior ha sido explícita la corporación, en numerosas decisiones, y esto es lo que constituye su jurisprudencia.

También constituye “juzgamiento de una misma manera” o “una serie de juicios o sentencias uniformes que forman uso o costumbre”, en la corporación, en sus dos secciones —para seguir las palabras de Escriche que se aducen— el que para condenar en caso sub lite, cuando a la Sala de Casación le corresponde tal decisión de instancia, se aprecie, según el material probatorio, que hubo en la conducta patronal la mala fe sancionable, ya porque ésta se muestre en el comportamiento ora porque la falta de pago carezca de motivo atendible.

Y ambos juicios —el de exégesis y el de aplicación— se dieron en la sentencia de la Sala por la que reclama el memorialista, pues habiéndose contenido ellos en la que impugnaba el acusador, éste no demostró que la apreciación sobre mala fe en el patrono de autos fuese ostensiblemente equivocada, conforme a las pruebas que adujo en ataque por error de hecho evidente.

De lo cual aparece con claridad que no se trata de un cambio de jurisprudencia, en la decisión de la Corte, sino de que ésta no encontró en la situación fáctica —y luego de estudiar la acusación formulada— error de hecho en la apreciación del fallador sobre la mala fe del patrono de autos, manteniéndola en consecuencia, como era lo jurídico, de acuerdo con el criterio jurisprudencial, aquí también conservado, de que la sanción moratoria opera sobre aquella interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y para cuando la conducta del patrono carece de razón aten-

dible. El asunto no es, pues, de cambio de criterio ni de su aplicación en forma diferente a la reiterada de la Corte, puesto que uno y otra se daban en el fallo recurrido y lo que la Sección juzgó fue que en éste no hubo error evidente de hecho al apreciar la cuestión fáctica, que reclamaba la condena conforme al precepto indemnizatorio.

Mas se arguye, que en otros negocios, la Corte ha estimado que no es censurable sino atendible o ajustada a la buena fe la conducta del patrono que se basa en la consideración de que al pagar a un trabajador su salario en forma de porcentaje o comisión, bien podía creer que en dicha comisión estaba incluido el valor de los descansos correspondientes a días domingos y festivos, y que en el fallo que decidió la demanda de casación del recurrente de autos se dejó de aplicar ese criterio, para llegar a la conclusión contraria, cambiándose así, por una sola Sección, aquella jurisprudencia.

Se observa, sin embargo, que tratándose de apreciar la buena o la mala fe de un patrono en un caso determinado no cabe afirmar cambio de jurisprudencia (habiéndose conservado los criterios ya señalados que verdaderamente la constituyen) porque el juicio sobre una u otra proviene de probanzas que no son unas mismas en todos los juicios. Además de que la resolución de la Corte depende fundamentalmente de la acusación que se le formule, que, en materia de error de hecho requiere, para su prosperidad, la demostración de su carácter evidente, a más de que no es lo mismo el juzgamiento directo de condena en instancia que el mantenimiento de la que se profiera en ella. Con todo, en los casos que se alegan bien pudo mantenerse la apreciación de instancia acerca del hecho que se invoca como criterio constante, de que los patronos de ellos, al pagar las comisiones, entendieron que cubrían el valor de los descansos en domingos y festivos. Así apareció, a juicio de los juzgadores de instancia, conforme a las probanzas de esos procesos, y la Corte, en 1964, al fijar su pensamiento jurisprudencial sobre los artículos pertinentes del Código del Trabajo, estimó que las correspondientes situaciones

de hecho no habían sido apreciadas con error evidente, agregando a ellas las posibilidades de diversas exégesis sobre tales preceptos, en ausencia de criterio expresado por la Corte. Mas en el negocio por el que reclama el memorialista, la definición de instancia apreció mala fe patronal (al revés de los casos invocados de Sears) y la Corte no encontró en las probanzas de este juicio error evidente en esa apreciación, el cual tampoco podía declararse con base en la ignorancia de la ley o en el desconocimiento de su verdadero entendimiento, fijado por la corporación, de modo reiterado, desde hace más de nueve años. Todas las circunstancias son, pues, muy diferentes y no pueden invocarse aquellas decisiones para sostener que porque en ellas se mantuvo la absolución de instancia sobre indemnización moratoria, constituye cambio de jurisprudencia el que no se hubiese casado la del Tribunal en el negocio de autos, que condenó por ese concepto. Porque unas y otra reposan en sus situaciones fácticas propias, cuyas apreciaciones sobre buena y mala fe respectivamente no lograron destruirse en el recurso de casación, sin que el error que se acusó en el caso de autos se evidenciara en razón de sus probanzas, ni a través de un inadmisble desconocimiento de la ley y de la jurisprudencia, como razón atendible.

Respecto de la sentencia de 2 de agosto de 1972, que también se invoca, basta apuntar que mantuvo —después de examinar acusación por error de hecho— la decisión absolutoria por mora (al revés también de la de condena de autos) porque en sus modalidades de hecho sobre el salario no se dieron las condiciones evidentes para que se le imputara en los descansos dominicales y en días feriados. Todo lo cual exhibe, nuevamente, que no puede hablarse de cambios de jurisprudencia cuando el asunto proviene de valoraciones fácticas.

No incurrió, por lo tanto, la Sección, en la nulidad que se le acusa y carece de fundamento la solicitud del memorialista.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, no accede a la declaración de nulidad pedida en el escrito objeto de esta providencia.

Costas al petionario.

*Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba
Medina, Jorge Gaviria Salazar.*

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Vicente Mejía Osorio,

EDAD PROBABLE. — TABLAS DE GARUFFA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., dos de octubre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

La señora Inés Paniagua de Herrera, por medio de apoderado, en su propio nombre y en el de sus hijos: Angel Hernán, Fátima Inés, Angel Santiago y Diana Isabel Herrera Paniagua, presentó demanda ordinaria laboral de mayor cuantía contra las Empresas Públicas Municipales de Medellín, Instituto Municipal descentralizado, con la finalidad de obtener que la parte demandada fuese condenada a pagarle la cantidad de ochocientos mil pesos (\$ 800.000.00) moneda legal, por concepto de indemnización por los daños y perjuicios morales y materiales ocasionados con la muerte del señor José Angel Herrera Escobar, esposo de la demandante y padre de sus nombrados hijos. Y, en subsidio, que fuese la demandada condenada a pagar el seguro de vida doble, por tratarse de muerte en accidente de trabajo, los intereses de la suma a que se condene, desde el momento de la muerte del señor Herrera hasta cuando se cancele la indemnización y las costas del juicio.

Expuso como hechos los que se sintetizan así:

Que el señor José Angel Herrera Escobar mediante contrato de trabajo entró a laborar con las Empresas Públicas Municipales de Medellín, en la sección de teléfonos desde el 27 de abril de 1954, hasta el 8 de marzo de 1971, fecha ésta en que fue destinado por el ingeniero auxiliar, doctor Hugo Sepúlveda, para que, en compañía del señor Efraín Antonio Miranda, quien hacía las veces de ayudante, practicara el chequeo y empalme de un cable 1.800, para lo cual

Herrera descendió a la fosa o "manhol" en donde se hallaba el cable, y Miranda a otro próximo. Que en el foso en donde se encontraba Herrera desemboca un tubo de escape de un motor de gasolina perteneciente a la misma planta. Que Herrera se sintió fastidiado con los escapes de gas procedentes de la combustión del motor y solicitó al celador señor Andrés Valderrama que lo apagara para poder adelantar el trabajo, y éste le manifestó que tenía orden de que mientras no hubiera energía eléctrica el motor debía seguir funcionando. Que telefónicamente se dirigió al doctor Hugo Sepúlveda, su superior, a quien hizo la misma solicitud y éste se extrañó por la demora en el trabajo y le exigió que continuara su labor.

Que a consecuencia de las emanaciones del monóxido de carbono el señor Herrera fue encontrado muerto poco tiempo después, en ese lugar del trabajo, por lo que la empresa demandada es responsable de ese accidente y debe pagar a los demandantes el valor de los perjuicios causados con el deceso del trabajador.

La parte demandada en la contestación de la demanda aceptó el hecho 1º en cuanto a que Herrera trabajó al servicio de las empresas, expresó que no le constaba lo relacionado en los hechos 3º y 4º y se atuvo a lo que resultara probado de los restantes.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, que fue el del conocimiento, desató la litis en primer grado con fallo de veintinueve de septiembre de 1972, en el que resolvió lo siguiente:

"Condénase a las Empresas Públicas Municipales de Medellín, representadas por el doctor Josué Ortiz Mejía, o por quien haga sus veces, a pagar a la cónyuge sobreviviente, señora Inés Paniagua de Herrera, ciento diez y nueve mil ochocientos sesenta y tres pesos con 60/100 (\$ 119.863.60), a título de perjuicios por lucro cesante, daño

emergente y perjuicios morales; y a cada uno de sus hijos: Angel Hernán, Fátima Inés, Angel Santiago y Diana Isabel Herrera Paniagua, la suma de treinta y un mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos con 90/100 (\$ 31.465.90) por concepto de lucro cesante, daño emergente y perjuicios morales. Se absuelve de los demás cargos formulados”.

Apelaron de esa decisión los apoderados de ambas partes y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por medio de sentencia de fecha quince de diciembre último confirmó lo decidido por el a quo con la aclaración de que en lo relacionado con el pedimento sobre seguro de vida declaraba configurada la excepción de incompetencia de jurisdicción.

Interpuso la parte demandada el recurso extraordinario de casación, concedido éste y admitido aquí por la Sala, dentro de término fue presentada la demanda respectiva por el recurrente y asimismo en tiempo oportuno la réplica por el opositor.

La demanda

Dice el casacionista al fijar el alcance de la impugnación:

“Aspiro a que la honorable Corte Suprema al casar parcialmente la sentencia recurrida entre a regular nuevamente los perjuicios debidos, constituido el tribunal de instancia”.

Quiso decir el censor con este defectuoso alcance de su demanda que, al casar parcialmente la sentencia recurrida, y constituida la Corte en tribunal de instancia, reforme el fallo del a quo y proceda a efectuar una nueva regulación de perjuicios.

Invoca la causal primera de las autorizadas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil (sic), y con fundamento en ella formula dos cargos así:

Primer cargo

“La sentencia recurrida viola los artículos 216 del Código Laboral y los artículos 347, 411, 422, 1613 y 1614 del Código Civil, violación que ocurre por error de hecho por falta de apreciación de las pruebas que obran a los folios 11 y 13 del cuaderno principal, esto es, las partidas de estado civil de los dos hijos legítimos de la víctima del ac-

cidente y la falta de prueba de edad de la esposa.

“En efecto: El artículo 216 del Código Laboral ordena para el evento de un accidente de trabajo con culpa del patrono que la indemnización sea total, lo que quiere decir que debe haber una indemnización pecuniaria de los daños sufridos y solamente de los daños sufridos porque si excediera a éstos habría un enriquecimiento sin causa lo que repugna a la equidad y a la ley.

“Por ello las tablas de Garuffa que acoge en su integridad el Tribunal, dispone que se capitalicen, bajo ciertas reglas matemáticas, las cuotas periódicas que deben pagarse en el menor de los periodos comparados, de la vida probable del occiso y la vida probable del beneficiario.

“Cuando se habla de vida probable debe entenderse también el período durante el cual existe la obligación alimentaria, es decir la dependencia económica del beneficiario con relación al occiso. Para los hijos varones el término de tal obligación alimentaria está señalado en el artículo 422, para las hijas no existe en la legislación positiva nuestra ningún término, que el Código Civil fue escrito en el siglo pasado, antes de venirse la bella era de la liberación femenina a que estamos asistiendo. Ya hoy la mujer asiste a la universidad, trabaja en las fábricas, y lleva su vida independiente no sólo paralelamente con los varones sino en competencia, en rivalidad, en lucha con ellos.

“Pues bien: el Tribunal da por probado sin estarlo que la supervivencia de la esposa, Inés Paniagua de Herrera, sería mayor que la del esposo, y aceptó la capitalización anticipada de las rentas sobre la vida probable de éste, sin considerar que puede que la vida probable de la demandante, cuya edad ignoramos, sea más corta.

“En efecto: No se aportó el acta de estado civil de que habla el artículo 347 del Código Civil y que es un medio solemne probatorio, con los solos sustitutos que señala el artículo 19 de la Ley 92 de 1938.

“La ausencia de este medio solemne de evidencia hace incurrir al Tribunal en un error de derecho.

“El hijo Angel Hernán nació el 30 de diciembre de 1951, es decir cumplió la mayor edad el 30 de diciembre de 1972, o sea 1 año, 9 meses y 25 días después de la

muerte de su padre y solamente por dicho lapso ha debido capitalizarse la renta periódica y no por 25 años como se hizo, de donde aparece que se violó el artículo 216 del Código Laboral al ordenar un exceso sobre la indemnización del hijo, lo que hizo el fallador a través de las pruebas al no haber considerado la certificación notarial de estado civil que aparece a folio 11 del expediente. Error de hecho.

"A folio 13 del expediente obra la certificación notarial de estado civil del hijo Angel Santiago, prueba que no fue estimada por el honorable Tribunal y donde aparece que nació el 10 de septiembre de 1959 y deberá cumplir su mayor edad el 10 de septiembre de 1980, es decir 9 años, 6 meses, 2 días después de la muerte de su padre, lapso al cual ha debido limitarse la indemnización decretada y habiendo el Tribunal, al confirmar la sentencia de primer grado, teniendo en cuenta un período de supervivencia de 25 años excedió el mandato del artículo 216 del Código Laboral que ordena solamente la indemnización. Error de hecho.

"En qué consiste la indemnización? Es la compensación monetaria del daño emergente y del lucro cesante, según lo define el artículo 1614 del Código Civil. En el presente caso no se persigue indemnización por daño emergente, esto es, por los gastos que la muerte del señor Herrera hubiera ocasionado, por lo cual la indemnización se limita al lucro cesante, es decir, "la ganancia o provecho que deja reportarse" (C. C. 1614).

"Cuál fue la ganancia que dejaron de reportar los hijos? Ello no remite a los artículos 411 y 422 del Código Civil, el 1º en cuanto dispone que se deben alimentos a los descendientes legítimos y el 2º, 422 en cuanto dispone que "no podrán pedirse alimentos después de cumplidos los 21 años, salvo los casos de impedimento o inhabilidad para subsistir de su trabajo".

"Por ende la sentencia violó el artículo 422 del Código Civil al considerar como período de capitalización según las tablas de Garuffa la de 25 años, sobrevivencia probable del señor Herrera y no los lapsos de menor edad de ellos, período en el cual debían los alimentos.

"Contra este mandato la indemnización la ordena por 25 años".

La parte opositora critica la demanda de falta de técnica y explica que, el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo invocado por el casacionista, no podía ser violado por el *ad quem*, por cuanto éste fundamentó su sentencia en lo dispuesto por "los artículos 12 de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 19 del Decreto 1845 (sic) de 1969 aplicables en este caso por disposición del inciso 2º, literal (sic) del artículo tercero, capítulo 1º del Decreto 3170 de 1964. Y no el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, por tratarse de trabajadores oficiales cuyas normas sustantivas son diferentes al Código Laboral".

Agrega con razón que las causales no son las señaladas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil sino las específicamente establecidas por el artículo 60 del Decreto 528 de 1964 en consonancia con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, pero como quiera que el planteamiento del cargo comprende la causal primera de la casación laboral, se procede a su examen.

Se estudia

Como está advertido, el censor considera violadas las disposiciones que invoca, es decir, artículos 216 del Código Sustantivo del Trabajo, 347, 411, 422, 1613 y 1614 del Código Civil, a través de error de hecho "... por falta de apreciación de las pruebas que obran a los folios 11 y 13 del cuaderno principal, esto es, las partidas de estado civil de los dos hijos legítimos de la víctima del accidente y la falta de prueba de la edad de la esposa".

Con respecto a los hijos del señor José Angel Herrera Escobar, de nombres: Angel Hernán y Angel Santiago Herrera Panagua, considera la censura que, el *ad quem* al condenar a la empresa demandada a pagar a cada uno de éstos, la cantidad de dinero indicada en el fallo, con fundamento en las tablas de Garuffa y con base en la vida probable del accidentado, sin tener en cuenta que, éste como padre no tenía obligación alimentaria para con sus hijos sino hasta cuando éstos cumplieran los veintiún años, al tenor de los artículos del Código Civil que cita, se excedió en la condena por cuanto rebasó el término de la obligación alimentaria en todo aquello que sobrepasa el cumplimiento de la mayor edad

de tales hijos. Y pretende que el error fue de facto, por falta de apreciación de tales partidas del estado civil de los mencionados hijos del señor Herrera.

Empero, aun cuando es evidente que el fallador de segundo grado no hace análisis de esos medios de prueba concretamente con respecto a la edad de quienes allí figuran, al tomar como fundamento de la indemnización de que aquí se trata solamente la vida probable del padre muerto accidentalmente, y para nada esa edad de los beneficiados, a quienes se refiere la censura, ni la circunstancia de que la obligación alimentaria no puede pasar de los veintiún años del alimentario, lo que se desprende de lo estatuido por los artículos 411 y 422 del Código Civil, en relación para los perjuicios con los artículos 1613 y 1614 ibidem, no es factible afirmar que esa conclusión condenatoria del *ad quem* se deriva de la falta de apreciación de esos medios de prueba, sino de que, para el caso sub iudice el sentenciador de segundo grado dejó de aplicar los preceptos sustantivos precitados del Código Civil que el censor considera violados y que limitan hasta los 21 años la obligación de suministrar alimentos.

Y, cuando este fenómeno se presenta, ese desconocimiento de las normas sustanciales aplicables al caso controvertido, o la rebeldía contra ellas por parte del juzgador, no implican una violación de la ley como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas o en la falta de consideración de las mismas, sino una infracción directa. Y en tal caso el ataque del fallo así configurado, no se establece por la vía indirecta, sino exactamente por la directa que es la que corresponde a la naturaleza de la violación.

En estas condiciones y por cuanto respecta a la indemnización señalada para los hijos varones del señor Herrera a quienes se concreta el casacionista, el cargo está mal formulado.

En lo atinente al monto de lo fijado en la misma sentencia para la viuda, señora Inés Paniagua de Herrera, expresa la censura que el *ad quem* consideró que la supervivencia de ella sería mayor que la del esposo, y por ello dedujo asimismo el volumen de la indemnización de la vida probable de éste, y que al no tener en cuenta la vida probable de la esposa beneficiada, co-

metió error de derecho por cuanto no se aportó el acta del estado civil de que habla el artículo 347 del Código Civil.

Sobre este particular observa la Sala que, si bien es cierto que, entre las actas del estado civil, la de nacimiento sirve para probar la edad, además de la filiación del registrado, y el recurrente considera que por la ausencia de tal acta en relación con la señora Inés Paniagua de Herrera, con fines a la demostración de la edad de ésta, se cometió error de derecho porque es un medio solemne, acontece que, ni el Tribunal aludió en parte alguna a la edad de la expresada señora Paniagua de Herrera, ni la demostración de la edad de una persona requiere medio probatorio *ad substantiam actus* ya que la ley autoriza varias formas para esos fines.

No aparece, por tanto, el error de derecho señalado por el censor.

Segundo cargo

“El fallo recurrido viola los artículos 216 del Código Laboral y los artículos 2341, 1613 y 1614 del Código Civil como violación media, cito los siguientes artículos: 883 y 884 del Decreto 410 de 1971, llamado ‘Nuevo Código de Comercio’. Y el artículo 191 del Decreto 1400 y 2019 de 1970, conocido como ‘Código de Procedimiento Civil’, los tres decretos son legislativos por haber sido dictados en uso de facultades extraordinarias y el artículo 1617 del Código Civil”.

“La violación ocurre a través de las pruebas al dar por aceptado el Tribunal que el interés corriente en Colombia es el 6%, cuando no hay elemento probatorio ninguno en el expediente sobre el interés, prueba que es solemne según los mandatos citados y consiste únicamente en el certificado de la Superintendencia Bancaria (C. de Co. 884, C. P. C., 191) ocurriendo así un error de derecho.

“La técnica de Garuffa ha sido generalmente aceptada aun cuando existen métodos matemáticos más exactos para calcular la capitalización de las sumas periódicas, pero el hecho de que se acepte la técnica de Garuffa no implica el que deban aceptarse sus tablas calculadas con un interés del 6%, que puede ser adecuada a países que tienen un mercado de capitales abundantes y por consiguiente intereses bajos

y pudieron ser adecuados en otro tiempo a Colombia, pero de todos es sabido que tanto el interés bancario como el interés extrabancario es bastante superior al doble de dicha tasa de donde habría un enriquecimiento sin causa al descontar los viejos intereses del 6% cuando el capital recibido por los deudos del señor Herrera va a reditar mucho más del doble, pues impuesto al interés bancario corriente produciría el 14%.

“Haber establecido el Tribunal un interés del 6%, sin estar probado por la tarifa legal dispuesta por las leyes en Colombia, lo hizo violar las disposiciones invocadas.

“En efecto el fallo del Tribunal en su página 125 dice:

“... el quantum, de los perjuicios es igual a aquella cantidad que el obligado tendría que depositar en un banco para que con esa cantidad más los intereses que produjeran al 6% durante la vida probable del agraviado, se fueron pagando a éste, cuotas periódicas por todo el término de dicha vida probable.

“Transcurrida ésta, esa cantidad y los intereses que hubiere producido quedarían reducidos a cero...”

“El Tribunal da por aceptado sin estar probado, que el interés bancario corriente en Colombia es del 6%.

“Dice el artículo 884 del nuevo Código de Comercio:

“Cuando de los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente”.

“Agrega el mismo artículo y en ello concuerda con lo dicho en el 191 del Código de Procedimiento Civil ‘se probará el interés bancario corriente con el certificado expedido por la Superintendencia Bancaria’.

“El fallo recurrido establece que ha aplicado la indemnización sobre la base de una suma de dinero colocada en un banco al 6% cuando el interés bancario corriente ha sido fijado por Resolución número OJ-290 de 10 de febrero de 1972 de la Superintendencia Bancaria en el 14%, por manera que ha incurrido en violación de los mandatos sustanciales el fallo de segundo grado: el del artículo 384 del nuevo Código de Comercio que fija como el interés legal o corriente el interés bancario y la última parte de dicho artículo y el artículo 191 en cuan-

to establece el medio para la prueba de interés bancario y haber aplicado el artículo 1617 del Código Civil.

“Si la honorable Corte estima que debe prosperar el cargo, podría dar aplicación al párrafo 3º del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil ordenando de oficio la prueba solemne prescrita por la ley procesal y la ley de comercio para los intereses”.

Se estudia

En resumen, el casacionista fundamenta el ataque en este cargo por error de derecho que señala como cometido por el Tribunal, por cuanto dice que éste dio por aceptado que el interés corriente en Colombia es el del 6% anual, cuando no hay elemento probatorio al respecto y toda vez que este tipo de interés sólo se demuestra con certificado de la Superintendencia Bancaria, según el artículo 884 del Código de Comercio, prueba que es solemne.

Observa la Corte que, el ad quem en ninguna parte de las argumentaciones que estructuran el fallo materia del recurso, habla del interés corriente; sino que, siguiendo la trayectoria del a quo para fijar el quantum de la indemnización, aplica las tablas de Garuffa, acogidas generalmente por la jurisprudencia para esos efectos. Dice así el Tribunal haciendo transcripción de un paso de una providencia de la Corte:

“... En materia de pago de perjuicios (y más concretamente de la parte de perjuicios correspondiente al lucro cesante futuro), el sistema establecido por el ingeniero y actuario italiano Egidio Garuffa, que ha sido ampliamente acogido por la jurisprudencia de esta Sala, indica cómo en estos casos si desde un principio se va a pagar una cantidad total que pudiera haberse pagado por cuotas periódicas, es de equidad que se haga el descuento de los intereses correspondientes al tiempo o período por el cual se anticipa la cuota. Este punto de vista equitativo lo resuelve el análisis actuarial, después de las operaciones matemáticas correspondientes, mediante el enunciado práctico de que el ‘quantum’ de los perjuicios es igual a aquella cantidad que el obligado tendría que depositar en un banco para que con esa cantidad más los intereses que produjera al 6% anual durante la vida probable del agraviado, se

fueran pagando a éste cuotas periódicas por todo el término de dicha vida probable. Transcurrida ésta, esa cantidad y los intereses que hubiere producido quedarían reducidos a cero...”

No se trata pues de la estimación de un interés corriente como lo pretende el censor, sino de la aplicación de un sistema, que al tomar como factor el 6% anual coincide con el interés legal señalado por la legislación civil colombiana para las obligaciones en donde no se ha estipulado interés alguno.

Ni los intereses mercantiles ni los corrientes son de recibo en esta clase de operaciones, tendientes a fijar el quantum de la obligación de pagar perjuicios procedentes del deceso de una persona ocurrido por culpa de la parte patronal.

No cabe aquí por tanto el error de derecho señalado por la censura y el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha quince de diciembre de mil novecientos setenta y dos, pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Ángel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECTO ENTENDIMIENTO DEL DECRETO 2497 DE 1963

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., once de octubre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Alfonso Hernández de Alba demandó, por medio de apoderado, a Laboratorios Undra S. A. (Schering Corporation) para que, por los trámites de un juicio ordinario, se declarara que la dicha sociedad lo despidió, dentro de un despido colectivo, sin sujeción a las normas legales, por lo que el contrato de trabajo celebrado por ellos se encuentra vigente y debe ordenarse su reintegro al cargo que desempeñaba, estimándosele sin solución de continuidad, para todos los efectos legales, contractuales y convencionales, el tiempo transcurrido entre la fecha de aquel despido y la en que se produzca el reintegro, y se condenara, a la misma demandada, a pagarle los salarios correspondientes a dicho tiempo, desde el 16 de julio de 1964, sobre la base de \$ 4.500.00 mensuales, y a las primas de servicio y a las vacaciones de ese mismo tiempo, así como a las costas del proceso. Fundamentó estas peticiones en los siguientes

Hechos

“Primero. El día veintinueve (29) de mayo de mil novecientos sesenta y tres (1963) en Bogotá, el doctor Alfonso Hernández de Alba fue contratado por ‘Laboratorios Undra S. A.’ para ejercer el cargo de Asistente de la Gerencia de esa sociedad.

“Segundo. El respectivo contrato de trabajo se pactó por escrito, y fue firmado en esta ciudad, el treinta (30) de mayo de mil novecientos sesenta y tres (1963). Representó a ‘Laboratorios Undra S. A.’ en la celebración del contrato su gerente general

en aquella fecha, el señor Gottfried Neuhaus.

“Tercero. La remuneración acordada por los servicios del doctor Hernández de Alba, fue de cuatro mil pesos (\$ 4.000.00) para cada uno de los dos primeros meses y de cuatro mil quinientos (\$ 4.500.00) mensuales para el tiempo subsiguiente.

“Cuarto. En la cláusula cuarta del citado contrato de trabajo, consta, que, vencido el período de prueba, su duración quedó pactada por tiempo indefinido.

“Quinto. No se estipuló en el mencionado contrato la cláusula de reserva establecida por el artículo 1º del Decreto 616 de 1954.

“Sexto. Dentro del breve lapso transcurrido entre el trece (13) y el veintitrés (23) de julio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) ‘Laboratorios Undra S. A.’ unilateralmente y sin justa causa ni permiso del Ministerio del Trabajo, despidió al doctor Hernández de Alba junto con 9 trabajadores de la misma empresa, en el orden cronológico que a continuación se indica:

“El lunes 13 de julio de 1964, al doctor Eduardo Sandoval, Gerente de Ventas y Propaganda.

“El miércoles 15 de julio de 1964, al doctor Alfonso Hernández de Alba, asistente de la gerencia.

“El viernes 17 de julio de 1964, al señor Hugo Melo, gerente de ventas y a la señora Rhoda Schubert, secretaria.

“El martes 21 de julio de 1964, al señor Carlos Otálora Acosta, propagandista vendedor.

“El miércoles 22 de julio de 1964, al doctor Armando Muñoz Villamizar, asistente del departamento de ventas y al señor Antonio Malaver, supervisor de ventas.

“El jueves 23 de julio de 1964, al señor Octavio Amaya Galarza, supervisor de ventas y a las señoritas Alma Laino y Marina Torres, secretarias.

“Séptimo. La causal o motivo aducido por ‘Laboratorios Undra S. A.’ para la terminación unilateral del contrato de trabajo del doctor Hernández de Alba y de los contratos laborales de los demás trabajadores enumerados, la expresa en el primer párrafo de las cartas con las cuales se les comunicó el despido, que dice textualmente así: ‘Para hacer frente a las graves dificultades económicas por las que atraviesa la empresa y debido a la consecuente reorganización, lamentamos tener que informarle que nos vemos precisados a suprimir el cargo de...’ (los subrayados empleados para destacar parte de la primera frase, son míos).

“Octavo. La cantidad de contratos laborales unilateralmente terminados a causa de ‘las graves dificultades económicas’ invocadas por ‘Laboratorios Undra S. A.’, en el corto lapso de once (11) días dentro del cual se realizó esa terminación masiva e injusta, y la falta absoluta de la autorización previa del Ministerio del Trabajo para ello, constituyeron un despido colectivo ilegal de trabajadores.

“Noveno. Oportunamente en cartas de veintiséis (26) y treinta (30) de junio de mil novecientos sesenta y siete (1967) dirigidas al señor gerente de Laboratorios Undra S. A., en nombre del doctor Hernández de Alba y en el de las personas que le confirieron poder para ello, formalmente se reclamó el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que esa compañía les adeuda por el despido colectivo ilegal, y el restablecimiento en sus respectivos cargos por estar vigentes los contratos de trabajo conforme a lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 2497 de 1963.

“Décimo. El doctor Enrique Leizgold, gerente de Laboratorios Undra S. A. dio respuesta al reclamo del doctor Hernández de Alba en carta ‘Gen-093-El’ de 26 de junio de 1967. en dicha carta le acusa recibo de la enviada por el doctor Hernández de Alba y le pide que cualquier reclamación la haga por intermedio del Ministerio del Trabajo.

“Decimoprimer. En cumplimiento de la obligación 2ª in fine del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo con memoriales presentados el 15 y el 30 de junio de 1967 el primero a nombre del doctor Hernández de Alba y el segundo en representación de las personas afectadas con la terminación unilateral e injusta de sus

contratos laborales, se denunció ante la Dirección Regional del Trabajo de Cundinamarca, los hechos constitutivos del despido colectivo ilegal de trabajadores realizado por Laboratorios Undra S. A. entre el 13 y el 23 de julio de 1964.

“Decimosegundo. Cumplido el trámite de estas denuncias la División de Asuntos Individuales del Ministerio del Trabajo, decidió la cuestión suscitada por ellas, mediante la Resolución número 000014 de 9 de febrero de 1968, cuyo artículo segundo transcribo en seguida.

“‘Declarar que los despidos de trabajadores efectuados por Laboratorios Undra S. A. en el mes de julio de 1964, sin sujeción a lo ordenado por el Decreto 2497 de 1963, constituye un despido colectivo de trabajadores’.

“Decimotercero. Laboratorios Undra S. A. por conducto de su apoderado doctor Javier Díaz Bueno, en memorial de 12 de marzo de 1968, pidió la revocación directa de la Resolución número 000014 precitada. En representación de los despedidos y en el suyo propio, el doctor Hernández de Alba se opuso a esa solicitud. La Jefatura de la Rama Técnica del Ministerio del Trabajo, ante quien se trató este asunto, en Resolución número 000014 de 2 de abril de 1968, se negó a considerar la petición de la revocatoria directa, por ausencia del consentimiento de los titulares de la situación jurídica reconocida en la providencia recurrida.

“Decimocuarto. Agotada la vía gubernativa y la revocación directa, el señor doctor Javier Díaz Bueno, con poder de Laboratorios Undra S. A., demandó, ante el honorable Consejo de Estado, la nulidad de la Resolución número 000013 de 9 de febrero de 1968 que declaró colectivo el despido de trabajadores efectuado por la sociedad demandante en el mes de julio de 1964.

“Decimocuarto. Con el carácter de apoderado judicial de los trabajadores despedidos y en el suyo propio, el doctor Hernández de Alba, dentro de la oportunidad procesal respectiva, acreditó el interés directo de sus mandantes y el suyo en los resultados del juicio de nulidad promovido por el doctor Díaz Bueno y ejerció el derecho que otorga el artículo 89 del Código Contencioso Administrativo. Por auto de 18 de julio de 1968, proferido en dicho jui-

cio, el honorable Consejo de Estado reconoció al doctor Hernández de Alba y a sus poderdantes, como opositores en el litigio.

"Decimosexto. Finalmente en sentencia de 19 de abril de 1969, el honorable Consejo de Estado negó todas las peticiones de la precitada demanda de nulidad de la Resolución número 000014 acusada. Esta sentencia quedó debidamente ejecutoriada.

"Decimoséptimo. Con la aludida sentencia del honorable Consejo de Estado, la calificación de colectivo, que la Resolución número 000014 le da al despido de trabajadores hecho por Laboratorios Undra S. A. en el mes de julio de 1964, es incontrovertible y produce todos los efectos legales.

"Decimoctavo. El doctor Hernández de Alba fue uno de los trabajadores integrantes del grupo cuyo despido declaró colectivo el artículo segundo de la Resolución número 000014, ya varias veces citada. En consecuencia tal despido no produjo efecto alguno y el contrato laboral continúa vigente".

Posteriormente se modificó la demanda en el sentido de que el despido de Hernández de Alba —sin referencia al colectivo— fue hecho por la sociedad sin sujetarse a las normas legales.

La demandada se opuso a las pretensiones reseñadas negando los hechos y excepcionando carencia de acción, prescripción, incompetencia de jurisdicción y "la consagrada por el artículo 329 del Código Judicial".

En sentencia de 13 de octubre de 1971 el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, resolvió:

"Primero. Condénase a la sociedad Laboratorios Undra S. A. (Schering Corporation), representada por su Gerente doctor Aurelio Garrido, o quien haga sus veces, a pagar una vez en firme la presente sentencia, al demandante señor Alfonso Hernández de Alba, identificado con la cédula de ciudadanía número 162063 de Bogotá, la siguiente cantidad de dinero:

"a) La suma de veinte mil cien pesos (\$ 20.100.00) moneda corriente, por concepto de indemnización por terminación unilateral del contrato.

"Segundo. Absuélvese a la demandada de las demás peticiones impetradas por el actor en su libelo petitorio.

"Tercero. Decláranse no probadas las excepciones de prescripción, carencia de acción, incompetencia de jurisdicción y la establecida en el artículo 329 de la Ley 105 de 1931.

"Cuarto. Costas a cargo de la demandada. Tásense".

Apelada esta providencia por los apoderados de los litigantes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la suya de 15 de diciembre de 1972 dispuso:

"1º Modifícase el artículo primero del fallo recurrido, en el sentido de que la condena por indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, allí formulada en el literal a), sólo asciende a la suma de trece mil trescientos cincuenta pesos (\$ 13.350.00) moneda corriente, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

"2º Confírmase el mismo fallo recurrido en todo lo demás.

"3º Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada".

Contra el fallo anterior interpuso el recurso de casación el apoderado de Hernández de Alba, y habiéndoselo concedido el Tribunal y admitido la Corte, que lo ha tramitado en legal forma, se va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

El recurso extraordinario

Persigue el quebranto de la sentencia del ad quem, en cuanto redujo la condena del a quo por indemnización por terminación unilateral del contrato por parte del patrono y en cuanto confirmó las absoluciones del primer grado por las demás peticiones de la demanda, para que, en sede de instancia, la Corte revoque los ordenamientos primero y segundo de aquel fallo del Juzgado y, en su lugar, despache favorablemente, para el actor, las súplicas del libelo inicial corregido, y confirme las declaraciones de no estar probadas las excepciones perentorias que propuso la demandada y sobre las costas de la primera instancia.

Al efecto en cargo único, de la causal primera de casación laboral, acusa interpretación errónea de los artículos 51, 61, 464 y 466 del Código Sustantivo del Trabajo, reglamentados por los artículos 1º a 9º del

Decreto 2497 de 1963, en concordancia con los textos 1º, 18, 19 y 21 de aquel estatuto, 27, 28, 29 y 30 del Código Civil, 4º y 48 de las Leyes 57 y 153 de 1887, respectivamente, violaciones que condujeron a la infracción directa, por falta de aplicación de los artículos 55, 57-4, 127, 134, 140, 306, 186 y 192 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado este último por el 8º del Decreto 617 de 1954, y a la aplicación indebida de los artículos 49 y 64 del mismo Código.

Para sustentarlo, el recurrente reseña los planteamientos de la litis y expresa su conformidad con los supuestos fácticos que dió por establecidos el fallador, concretando las diferencias de criterio y de conclusiones entre ellos así: "Existiendo conformidad entre el recurrente y la sentencia impugnada en cuanto a los presupuestos fácticos relativos a que el despido realizado por la demandada es colectivo, y que él se hizo sin sujeción a los requisitos establecidos por el Decreto 2497 de 1963, el problema se concreta a la interpretación que el Tribunal le atribuye al mencionado precepto, especialmente en sus artículos 1º y 8º, pues mientras aquél considera que el despido colectivo de trabajadores sin autorización del Ministerio del Trabajo no consagra ninguna acción de reintegro de los trabajadores afectados, derecho que considera aplicable únicamente en los casos taxativamente enumerados, en la ley sustancial, y por lo mismo sólo genera el pago de las indemnizaciones por la ruptura unilateral del contrato de trabajo, la parte demandante ha venido sosteniendo a todo lo largo de la litis que al decir el artículo 8º del Decreto 2497 de 1963 que el despido colectivo efectuado sin cumplir los requisitos allí mencionados 'no produce ningún efecto', ello significa que el acto jurídico de la cancelación del contrato de trabajo es ineficaz para producir consecuencias de derecho y se tiene como no realizado, por lo cual es de lógica concluir que el contrato de trabajo se debe considerar vigente y por tanto, genera todos los derechos y las obligaciones que de él emanan, en especial, el deber a cargo del patrono de pagar el salario (Art. 57 Ord. 4º C. S. del T.) aun cuando no haya habido prestación de servicios, pues en tal evento la abstención debe imputarse a culpa de aquél (Art. 140 ibídem)

al no haber sujetado su proceder a las normas legales, hasta cuando le permita a su trabajador la reincorporación o reinstalación en el empleo; y el deber de cancelar las prestaciones sociales y demás acreencias contempladas en la legislación laboral". Transcribe, además, los pasos que estima pertinentes de la sentencia del Tribunal y expone en forma extensa las razones de su exégesis opuesta.

El opositor por su parte, formula reparos técnicos al cargo sintetizado y rechaza su interpretación de fondo, por estimar correcta la interpretación del *ad quem*.

Se observa

El cargo no predica violaciones, por distintos conceptos, de unas mismas normas. Agrupa, por causas diferentes, las que afirma infringidas, relacionándolas tan sólo para los efectos de integrar la proposición jurídica, por lo que no puede descalificarse. El quebranto de la condena indemnizatoria lo fijó el recurrente con referencia a su reducción, por el *ad quem*, mas para que se revocaran "en todas sus partes los numerales primero y segundo del fallo del a quo", que la contienen en suma mayor y con absolución por el reintegro, para que la Corte disponga, en su lugar, conforme a las peticiones iniciales, por lo cual no aparece la contradicción que anota el opositor. El ataque, en fin, se recalca con independencia de las cuestiones fácticas. No hay lugar, en consecuencia, a su rechazo por razones técnicas.

Se considera

El recurso versa fundamentalmente sobre el correcto entendimiento del artículo 8º del Decreto 2497 de 1963 (en presentación que para los efectos técnicos predica aquel concepto de las normas legales 51, 61, 464 y 466 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los reglamentarios del decreto mencionado, y en concordancia con los preceptos que contienen el derecho que se invoca en el alcance de la impugnación) entendimiento que el acusador fija en que la decisión unilateral del patrono "en el sentido de cancelar un contrato de trabajo, dentro de un despido colectivo", como en el caso de autos, como lo dió por estable-

cido el fallador, "se tiene por no producida y carece de toda eficacia jurídica", que es lo que significa la expresión de aquel texto de que "no produce ningún efecto", con la consecuencia de que "el contrato no ha terminado, continúa vigente", y se debe reinstalar, reincorporar o reintegrar al empleado despedido en esas circunstancias y pagarle los salarios y prestaciones del tiempo que transcurra entre los dos hechos. Para el sentenciador, en cambio, aquel artículo 8º no consagra el reintegro, que se impetra, con las consecuencias señaladas, sino un despido ilegal "promovedor de indemnizaciones", como no lo consagran (los dichos reintegro y sus consecuencias) ninguno de los textos legales que la norma y el decreto en cuestión reglamentan, y como aparece, en fin, de regulaciones semejantes que no se han entendido en aquel sentido sino en el propio de los efectos indemnizatorios y del carácter expreso que requiere el reintegro en los preceptos taxativos que lo han instituido.

La Sala comparte la decisión del ad quem (confirmatoria de la del a quo en lo que toca a esta exégesis) porque ni el precepto mencionado expresa la pretendida acción de reintegro, ni ésta la contienen los textos legales que el decreto de 1963 reglamenta, y cuyos términos no podía exceder o regular de modo diferente; ni el propósito del reglamento fue el de reincorporar o restablecer al trabajador despedido ilícitamente, en estos casos colectivos, al cargo que desempeñaba. Aquella primera razón es ostensible en el texto reglamentario, y la segunda, incuestionable jurídicamente, resultando la otra, en fin, de que la inobservancia de las normas sobre despido colectivo (en regulación que protege al trabajador frente a lo ilícito, y sujeta al patrono a reglas para producirlo debidamente) se sanciona conforme a los textos legales superiores que, en esta materia, imponen indemnización y no reintegro o reincorporación. Ni se arguya que, de esta suerte, sobra el precepto, por cuanto la ley ya consagraba la indemnización por despido ilícito; porque de lo que se trata no es de instituir, para el despido colectivo, un derecho distinto, el de reintegro, que ni se consagró expresamente ni podía serlo en

norma reglamentaria, sino de reglamentar, para los casos de suspensión patronal de actividades o clausuras de las empresas, la manera lícita de efectuarlas, sancionando su contrariedad en la forma legalmente establecida de la indemnización. Por parte alguna aparecen el reintegro pretendido y sus consecuencias salariales y de prestaciones y al texto reglamentario no pueden atribuírsele contenido y significación que no consagran las normas superiores.

Sobre el particular la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse recientemente, en fallo que consideró las distintas razones del mismo acusador en este recurso:

"La sentencia acusada entiende que el Decreto 2497 de 1963 no consagra la acción de reintegro para los casos de despidos colectivos no autorizados por el Ministerio del Trabajo, ni las normas reglamentadas por dicho decreto establecen para el mismo caso, el derecho de ser restablecido en el empleo. Agrega el sentenciador que tampoco habría podido el mencionado decreto consagrar dicha acción, puesto que no existía el derecho correlativo en las normas reglamentadas.

"El fallador entiende que la frase 'no producirá ningún efecto...', usada por el artículo 8º del decreto, solamente significa que los contratos no terminan legalmente, por lo cual condena a las indemnizaciones por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo.

"El artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo trata de los casos en que se suspende el contrato laboral, y entre ellas consagra la suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por 120 días y por razones técnicas o económicas, independientes de la voluntad del patrono, pero exige para que ese hecho produzca los efectos propios de la suspensión, señalados en el artículo 53 del mismo estatuto, que se notifique a los trabajadores la fecha precisa de la suspensión o clausura temporal, con anticipación no inferior al mes, o con el pago de los salarios correspondientes a dicho período.

"El Decreto 2497 de 1963 exigió que la determinación del hecho y de las razones técnicas o económicas fuera verificada por

el Ministerio del Trabajo, sin cuyo permiso la suspensión no produciría los efectos propios de ella, cuales son interrumpir para el trabajador la obligación de prestar el servicio, y para el patrono la de pagar los salarios.

"El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo decía que el contrato de trabajo terminaba por suspensión de actividades por parte del patrono por más de 120 días, y por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento, pero para ambos casos exigía el aviso de que trata el artículo 51 del mismo Código.

"El Decreto 2497 de 1963 exigió que la suspensión de actividades por más de 120 días y la clausura de la empresa, fueran permitidas por el Ministerio del Trabajo mediante examen de sus causas, y que la falta de ese requisito no producía efecto alguno. Como el efecto de esa suspensión o de la clausura eran la terminación legal del contrato, la falta de permiso impedía que los contratos terminaran legalmente, pero como de hecho se producía el despido, ya no por los fenómenos de suspensión prolongada de actividades o por clausura de la empresa, sino por determinación unilateral del patrono e ilegal por no ajustarse a los preceptos citados, el contrato terminaba como lo reconocía el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, y se producían las indemnizaciones a que hace relación el mencionado precepto.

"El artículo 464 del estatuto mencionado se refiere exclusivamente a empresas de servicio público.

"El artículo 466 del Código Sustantivo del Trabajo no trata los despidos colectivos como entidad especial, sino que dispone sobre la clausura de labores en las empresas que no son de servicio público.

"Los despidos colectivos de que habla el Decreto 2497 de 1963, producían la terminación legal de los contratos cuando eran autorizados por el Ministerio del Trabajo, pero no cuando faltaba la autorización, caso en el cual la ruptura era ilegal y conforme al artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, norma vigente en la época a que se refiere la litis, solamente producía indemnizaciones.

"Los artículos 51, 61, 464 y 466 del Código Sustantivo del Trabajo no consagran la vigencia de los contratos laborales cuan-

do la suspensión de actividades o la clausura de la empresa no se hagan sin el lleno de los requisitos legales, sino que el artículo 64 del mismo Código, vigente cuando ocurrieron los hechos a que se refiere el juicio, admite que el contrato de trabajo pueda terminar por voluntad de una de las partes y en forma contraria a la ley, y consagra para tal evento las indemnizaciones respectivas.

"De otra parte, como un decreto reglamentario no puede modificar la ley sino que apenas sirve para procurar su cumplimiento, el 2497 citado no puede hacer producir a los despidos individuales o colectivos, contrarios a la ley, efectos distintos a los previstos por el legislador, que no eran los de permanencia del contrato, sino los de terminación con indemnizaciones, predeterminadas unas, determinables otras. No se diga que con esta interpretación la justicia laboral sustituye al Consejo de Estado, porque una cosa es la anulación del decreto y otra es su entendimiento en un caso particular, en sentido que no produzca efectos que serían contrarios a la Constitución Nacional, que también autoriza a los jueces para que por vía de excepción dejen de aplicar la norma que contraría los preceptos de la Carta.

"La interpretación de los artículos 51, 61, 464 y 466 del Código Sustantivo del Trabajo y del Decreto 2497 de 1963, hecha por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, es correcta en relación con las normas vigentes en la época en que ocurrieron los hechos que dieron origen al presente litigio. Por ello no prospera el cargo que tiene como fundamento principal la interpretación errónea de las normas citadas". (Sentencia de 8 de octubre de 1973. Juicio seguido por Armando Muñoz Villamizar contra Laboratorios Undra S. A.).

Fue correcta, por lo expuesto, la interpretación del fallador en el asunto *sub lite* y no se violaron los textos de ley, ni los reglamentos, que señala el cargo. No prospera en consecuencia.

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 objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BUENA FE PATRONAL

Las excepciones del patrono se apoyan en el documento por el cual consideraba que había solucionado sus obligaciones laborales. — Aunque la compensación o transacción allí consignada no tenga validez para liberar de esas obligaciones, mientras no hubiera declaración en tal sentido, ello constituía una razón atendible aunque finalmente no fuera eficaz para que el patrono dejara de pagar lo que con algún fundamento consideraba no deber. — Por lo anterior, no puede entenderse que la posición patronal en la falta de pago obedezca a engaño, mala fe o malicia. — De allí que no sea aplicable la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre diez y siete de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Benito Rodríguez Díaz, vecino de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía número 2929567 expedida en la misma ciudad, demandó por medio de apoderado a Vicotécnica Limitada, Luis Guillermo Páez Beltrán y Clara Inés Cepeda de Páez, solidariamente, para que fuesen condenados a pagarle \$ 450.00 como salarios de los últimos 9 días de trabajo, \$ 2.290.00 por concepto de salarios retenidos, \$ 2.929.16 por cesantía, \$ 1.429.16 como prima de servicios, \$ 714.58 por concepto de vacaciones, \$ 3.000.00 como indemnización por terminación del contrato, los intereses legales de dichas cantidades, desde el 23 de agosto de 1967, el valor de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria que requiera el tratamiento de hernia inguinal, la indemnización por accidente de trabajo, la suma de \$ 1.500.00 mensuales, como indemnización moratoria y las costas del juicio.

Como hechos fundamentales de la demanda, se afirmaron los siguientes: que

el actor fue contratado por Luis Guillermo Páez Beltrán, gerente y copropietario de la entidad demandada, para trabajar como mecánico jefe de taller; que Vicotécnica Limitada tiene como objeto social la fabricación y venta de artículos metálicos y equipos de purificación de agua, y sus socios son las dos personas naturales demandadas; que la señora Clara Inés Cepeda de Páez es también subgerente de la compañía; que el contrato empezó a ejecutarse el 11 de septiembre de 1965 y fue interrumpido en forma intempestiva “mediante renuncia presentada por el trabajador, obligado por los empleadores demandados”, con amenaza sobre supuestas irregularidades delictivas; que la remuneración pactada fue de \$ 40.00 diarios, más tarde de \$ 45.00 y desde el 16 de mayo de 1966 de \$ 50.00 diarios; que el último aumento fue reconocido por carta en que se manifiesta que él quedará como ahorro contabilizado en su cuenta corriente; que el actor estuvo desde el 11 de septiembre de 1965 hasta el 23 de agosto de 1968, al servicio exclusivo de los demandados; que en la liquidación de primas de servicios y vacaciones, en septiembre de 1966, hubo error por tomar el día 20 como iniciación del contrato; que por evitar la caída de un motor, sufrió el rompimiento de tejidos inguinales; que dio aviso del ac-

cidente, y fue enviado donde el médico, pero éste no le ordenó el tratamiento correspondiente; que no fue afiliado al Instituto Colombiano de Seguros Sociales; que cuando fue obligado a renunciar, solicitó la atención médica y la indemnización por el accidente, pero le fueron negados; que los empleadores no dieron aviso del accidente al Departamento de Medicina Laboral; que para justificar el no pago de prestaciones, el señor Páez y la señora de Páez acudieron al sistema de presentar denuncia penal por hurto continuado, publicar en la prensa la denuncia, amenazar con la efectividad de la misma si el trabajador reclamaba sus prestaciones, y prometer retirarla si el trabajador renunciaba; que la confusión del trabajador y su temor de ser llevado ante autoridad, determinaron la renuncia del cargo; que le deben los salarios, prestaciones e indemnizaciones que solicitó en el libelo; y que el capital de la empresa es de más de \$ 500.000.00 y el de los socios de más de \$ 300.000.00.

La demanda no fue contestada, pero el apoderado de la parte demandada propuso en la primera audiencia de trámite, excepciones de pago, compensación, cobro de lo no debido, transacción y toda otra que se desprenda de los hechos que se demuestran.

El Juez Quinto Laboral de Bogotá, en sentencia de 22 de junio de 1970, condenó a los demandados a pagar a Benito Rodríguez Díaz \$ 3.024.19 por concepto de cesantía, \$ 720.76 por vacaciones, \$ 769.95 como primas de servicios, \$ 864.63 por concepto de salarios insolutos, \$ 2.185.00 como salarios en ahorros; \$ 2.925.00 como indemnización por despido, y la cantidad de cincuenta pesos diarios a partir del 27 de agosto de 1967 y hasta que se haga el pago de las condenas, por concepto de indemnización moratoria; absolvió por los demás cargos formulados en la demanda, declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso a los demandados el 60% de las costas. De la providencia apeló el apoderado de la parte demandada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 9 de marzo de 1973, confirmó en cuanto a Vicotécnica Limitada, las condenaciones de primera instancia, salvo la relativa a salarios insolutos, extremo por el cual absolvió, como

también lo hizo en cuanto a los demandados Luis Guillermo Páez Beltrán y Clara Inés Cepeda de Páez, por todos los cargos de la demanda, confirmó en lo demás la sentencia apelada y no condenó en costas de la segunda instancia. El representante judicial de Vicotécnica Limitada interpuso contra dicha sentencia el recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal y aceptado por la Corte.

El recurso

Consta de cinco cargos relativos a la terminación del contrato y otros cinco sobre indemnización moratoria, los cuales se estudiarán junto con el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Dice el recurrente:

"Pretendo que la Sala de Casación Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia, case parcialmente la sentencia recurrida, concretamente en cuanto que en el punto 1º de la parte resolutive confirmó la condena contenida en los literales a), b), c), e), f) y g) del punto primero del fallo del Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá y en el 4º confirmó dicho fallo en sus puntos tercero y cuarto. Pretendo igualmente que la honorable Sala constituida en tribunal de instancia, revoque el fallo del a quo en los puntos confirmados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, es decir en los puntos primero, literales a), b), c), e), f) y g), tercero y cuarto, por cuanto la condena del literal d) del punto primero fue revocada por el Tribunal, y por lo tanto, que absuelva a la sociedad demandada de todos los cargos de la demanda".

El opositor censura el alcance de la impugnación porque en él se solicita la revocatoria de las condenas por auxilio de cesantía, primas de servicios, vacaciones, salarios en ahorro e indemnización moratoria, sin que en los cargos se señalen normas relativas a las cuatro primeras, y concluye que debe desestimarse el recurso.

Se observa

La crítica al alcance de la impugnación no se refiere a su formulación sino al de-

sarrollo incompleto de los cargos, por lo cual no es procedente desestimar el recurso, sino estudiar los cargos y verificar su presentación y desarrollo.

Cargos primero, segundo, tercero y cuarto relativos a la terminación del contrato

Se estudian conjuntamente estos cargos porque en todos ellos se acusa violación por aplicación indebida de los artículos 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, por vía indirecta a través de errores de hecho en la apreciación del documento que obra al folio 95 del primer cuaderno.

Los errores presentados en los cargos son: haber deducido del mencionado documento que el trabajador fue despedido por el patrono, haber considerado que los hechos a que se refiere tal prueba, fueron la causa de un retiro forzado, que ellos consistieron en las amenazas que hizo el patrono al trabajador, y el haber tenido el acto contenido en el documento, como causa injusta de terminación.

Encuentra el acusador contradictorias en la sentencia recurrida, las expresiones "no regresara al trabajo" y "no hubo abandono del cargo, sino el despido"; advierte que la terminación legal del contrato de trabajo por parte del trabajador, con fundamento en acto del patrono, hace indispensable que aquél manifieste a éste la voluntad de terminarlo y exprese al patrono el motivo; asevera que en el caso de autos no hubo esas manifestaciones, sino que simplemente no regresó al trabajo, dice que no hay prueba de despido ni de acto patronal causante de terminación por parte del trabajador; anota que el documento del folio 95 es posterior a la terminación del contrato; reclama sobre la exigencia del ad quem en relación con la falta de prueba del despido, pues considera que no habiendo sido despedido el trabajador, no era pertinente demostrar motivo alguno; y estima que del documento citado no es posible deducir un desvido.

El censor transcribe algunos apartes de la sentencia de segunda instancia, hace especial énfasis en la frase "... fue suficiente motivo para que, una vez que hubo firmado la llamada transacción, impresionado por las amenazas a que había sido sometido, no regresara al trabajo"; muestra cómo

el documento del folio 95 fue firmado el 29 de agosto de 1967, la denuncia ocurrió el día 28 del mismo mes, y el retiro del trabajador el 23 de agosto del año indicado, según lo dice 13 veces en la demanda el mismo apoderado del trabajador; concluye que el acto de que da cuenta el documento citado, no pudo ser causa de un retiro anterior; y manifiesta que posiblemente sucedió al revés, o sea, que por causa del retiro se produjeron los descargos y la transacción.

El atacante afirma que es erróneo deducir del documento citado, amenazas del patrono para con el trabajador, pues la denuncia del hurto es anterior a la reunión de que da cuenta la prueba mal apreciada; y señala cómo la transacción lo que implicaba era el que los demandados no se constituyeran en parte civil en el proceso penal, si el trabajador aceptaba aplicar sus prestaciones al pago de lo hurtado.

El recurrente declara que no se demostró acto alguno de violencia, malos tratamientos o amenazas graves, que dieran base para que el trabajador terminara legalmente el contrato de trabajo, ya que el ejercicio de una acción legal como la denuncia penal o la prevención de que se iba a denunciar, no pueden constituir amenaza de tal naturaleza.

El opositor dice:

"Es importante observar cómo en su escrito presentado a manera de demanda de casación el impugnador solamente indica como normas presuntamente infringidas los artículos 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, dentro de este grupo de cargos referentes a la indemnización por terminación del contrato de trabajo. Omitió, en consecuencia, señalar las normas sustantivas de orden nacional que le dieron carácter de ley a un decreto transitorio, en primer lugar, y en segundo término olvidó también indicar las disposiciones de medio supuestamente infringidas. Efectivamente la acusación no indica las disposiciones referentes a pruebas y documentos, y, lo que es más grave, tampoco señala las normas referentes a las formas de terminación del contrato de trabajo ni a la figura jurídica de la transacción, estatuto este último que es la base jurídica misma para el ataque contra la sentencia acusada".

El oponente transcribe algunos párrafos de la sentencia de segunda instancia y otros del fallo de primer grado, y concluye de la siguiente manera:

"La simple lectura de las consideraciones hechas por los juzgadores de primera y segunda instancia acerca de la terminación del contrato y que se refieren, entre otros elementos probatorios y no de manera exclusiva, al documento del folio 95, demuestra claramente la ausencia de los errores de hecho que pretende el impugnador. Tanto para el juez de primera instancia como para el honorable Tribunal el documento del folio 95 no es más que un elemento probatorio adicional que demuestra un hecho evidente. Que la terminación del contrato de trabajo se produjo mediante una renuncia provocada injustamente por el patrono, o lo que para los efectos legales es exactamente lo mismo, mediante actos unilaterales e injustos por parte del patrono. Consecuentemente se imponía la condena por despido injusto.

"Mientras que para el ad quem el documento del folio 95 no es otra cosa que un elemento de prueba demostrativo de unas circunstancias fácticas anteriores y concomitantes a la fecha en que dicho documento se produjo, el impugnador hábilmente pretende confundir los hechos con una simple prueba documental. No es cierto, en consecuencia, que el honorable Tribunal haya incurrido en los errores que pretende impugnársele al examinar el documento del folio 95, y mucho menos es cierto que dichos errores sean evidentes o de manifiesto en los autos. Por otra parte, no indica la acusación cómo los supuestos errores, que jamás existieron, incidieron en la parte resolutive de la sentencia al desnacharse la condena por despido injustificado y de qué manera, a través de este discursar lógico, pudieron infringirse normas sustantivas de orden nacional de manera indirecta o mediante infracción directa".

Se observa

No era necesario, como lo pide el opositor, señalar las normas que dieron carácter de Ley al Decreto 2351 de 1965, porque el ataque no versa sobre la vigencia o la categoría de las normas que se dicen violadas. Tampoco se requería indicar las dis-

posiciones que se refieren a pruebas, pues no se trata de error de derecho ni de tarifa legal, sino de errores de hecho por la apreciación lógica o impropia de una prueba. En los cargos se indican las disposiciones sobre justas causas de terminación del contrato y sobre la indemnización a que fue condenada la parte demandada. En estos cargos no es necesario citar normas sobre transacción, porque el enfoque de las acusaciones no toca con ese contrato, que se alega en relación con las prestaciones, pero no propiamente sobre la terminación.

Se considera

Se lee en la sentencia acusada:

"El patrono dice que no hubo despido de su parte, sino abandono del cargo de parte del trabajador. Analizado también este punto por el juez a quo, encuentra que el despido, aunque indirecto, sí lo hubo, porque la dramática situación en que se colocó al trabajador: entre irse a la cárcel o indemnizar los efectos del supuesto ilícito, fue suficiente motivo para que, una vez que hubo firmado la llamada transacción, impresionado por las amenazas a que había sido sometido, no regresara al trabajo.

"Se habla de la llamada transacción (folio 95), porque ni remotamente lo es: "La transacción es un contrato —dice el artículo 2469 del C. C.— en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual". A base de que se le llama al trabajador para que haga descargos "motivados por la acusación comprobada de hurto continuado", y mostrándosele la denuncia presentada contra él en la Comisaría del Norte el día anterior, no hay —no pudo haber— libre consentimiento para la celebración del contrato de transacción, que sólo consistió en que el trabajador aceptara "pagar con parte de la liquidación de prestaciones sociales, a que tiene derecho de acuerdo con la ley: todo lo cual suma un total de \$ 7.254.53 como indemnización a la empresa. "Sobra decir que son inaceptables todas aquellas manifestaciones que se hacen en el mencionado documento, según las cuales no se sigue adelante la acción penal intentada, si el trabajador no presenta la demanda laboral.

"Entonces, no hubo abandono del cargo, sino el despido consistente en constreñir al trabajador para que adoptara como cometida una acción de la cual venía alegando ser inocente. Y como el motivo del despido no ha sido comprobado plenamente, dicho motivo no es justa causa para el despido del trabajador.

"Conviene recordar que la jurisprudencia ha dicho que para retener con base en la comisión de un delito, no es suficiente la sola formulación de la correspondiente demanda, sino que es menester, por lo menos, actuar en el negocio penal para enderezarlo hacia sus propios fines".

El documento del folio 95 es del siguiente tenor:

"Siendo las once de la mañana del día 29 de agosto de 1967, se ha llamado al señor Benito Rodríguez con cédula de ciudadanía número 2929567 expedida en Bogotá, para que haga sus descargos motivados por la acusación comprobada de hurto continuado a esta empresa.

"Teniendo conocimiento de la denuncia número 3503, presentada ante la Comisaría del Norte, el día 28 de agosto de 1967, copia de la cual se le presentó para su lectura y en la cual se le acusa del delito de hurto continuado en una cuantía aproximada de \$ 20.000.00 y él ante las consecuencias que pueda acarrearle esta acción, el señor Benito Rodríguez, ha aceptado pagar con parte de la liquidación de prestaciones sociales, a que tiene derecho de acuerdo con la ley; todo lo cual suma un total de \$ 7.254.53 como indemnización a la empresa.

"En esta forma se ha llegado a un acuerdo entre la empresa y el señor Benito Rodríguez reservándose la empresa el derecho de seguir la tramitación legal de esta denuncia, en caso de presentarse una demanda laboral.

"Para constancia de lo anterior y ante testigos se firma la presente a los 29 días del mes de agosto".

El documento se encuentra firmado por Luis Guillermo Páez, Benito Rodríguez y los testigos Aura Gómez Ocampo, Marina Torres Chaparro y Jorge Enrique Vargas.

De la simple lectura del documento analizado, se desprende que él no demuestra en manera alguna, que hubiera ocurrido un despido. No trata la constancia de la

terminación del contrato, sino de un acuerdo para pagar con las prestaciones lo que se supone fue hurtado por el trabajador. Es pues evidentemente erróneo entender que con la prueba señalada se establezca un despido.

Pero más protuberante es el error de apreciación del sentenciador cuando dice que el acuerdo consignado en la pieza señalada, fue la causa del abandono del trabajo, porque el ad quem admite al folio 141 que el egreso del trabajador ocurrió el 26 de agosto, luego era imposible que la terminación hubiera tenido como causa un hecho ocurrido en el día 29 del mismo mes.

Tampoco es aceptable que se estime como amenaza el decir que se adelantará el juicio penal si el trabajador reclama sus prestaciones, porque es claro que si existió un acuerdo por el cual el trabajador entrega sus prestaciones en pago de los objetos sustraídos, la reclamación de esas prestaciones implicaría que el patrono como parte civil en el proceso penal, pudiera pedir la reparación de los daños sufridos. Además, si lo anterior se considerara amenaza, ella no sería propia para obtener la terminación, que ya se había realizado, sino para impedir que el trabajador reclamara judicialmente sus prestaciones.

El fallador apoya su decisión sobre indemnización por despido, en la consideración de que no pudo existir la transacción a que se refiere el documento del folio 95, porque no hubo libre consentimiento, ya que al trabajador le mostraron la copia de la denuncia penal y lo acusaron de hurto continuado. Pero la no validez como transacción, del acuerdo que aparece en el documento del folio 95, no se puede tomar como causa de despido, porque la terminación fue anterior y porque el acuerdo se refiere a las prestaciones sociales y no a la finalización de la relación laboral. En este punto también fue equivocado el ad quem al apreciar el citado documento.

El sentenciador advierte que no fue probada la causa del despido, pero ello lógicamente sólo puede exigirse cuando se ha demostrado el despido, luego el fundamento del fallador en este punto depende de lo que resulte en relación con la terminación.

También habla el Tribunal de que el derecho de retención se ha de ejercitar en

caso de terminación por delito, no solamente con la denuncia sino también con actividad en el proceso. Este razonamiento se refiere al derecho de retención sobre la cesantía y nada tiene que ver con la terminación del contrato, pues si el derecho de retención no se ejercita correctamente, las consecuencias no influyen sobre la terminación misma.

En lo relativo a la indemnización por despido el sentenciador solamente se apoya en consideraciones sobre la pieza del folio 95, que como ya se dijo fue erróneamente apreciada, por lo cual prospera la acusación ya que en virtud de los errores de hecho se aplicó el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, de manera indebida, pues la situación real no fue la contemplada por el fallador, y ella no permitía la aplicación que se hizo del precepto.

Consideraciones de instancia

En la demanda con que se inició el juicio, el actor afirma que el contrato de trabajo terminó por renuncia del trabajador, obligado por los empleadores mediante amenazas, según lo expresa claramente en la declaración novena (folios 2 y 3), y en el hecho cuarto (folio 5). En el mismo libelo se fija como fecha de terminación del contrato el 23 de agosto de 1967, según se asevera en numerosos puntos tanto de los hechos como de las peticiones.

Lo que se discutía en la litis era si el trabajador fue compelido a renunciar por graves amenazas. Debía por lo tanto demostrar el actor esas amenazas, porque si no lo hacía quedaba en pie la renuncia afirmada como terminación del contrato de trabajo.

En la liquidación de prestaciones del folio 44, el trabajador afirma como fecha de retiro el 26 de agosto de 1967. En la denuncia presentada por Jorge Enrique Vargas, folio 50, se afirma el abandono del cargo el día 26 de agosto. La ampliación de la denuncia tuvo lugar en 1968, cuando ya el denunciante no era trabajador de la empresa como allí mismo lo dice. La declaración del señor Vargas ante el juez de trabajo, se contradice con las denuncias por él presentadas, y es testigo sospechoso por tener según él mismo lo expresa, un litigio contra la misma entidad demandada.

En las respuestas dadas por Luis Guillermo Páez Beltrán y Clara Inés Cepeda de Páez a los interrogatorios que se les formularon, mantuvieron su afirmación de que el trabajador había abandonado el cargo.

Se ha pretendido demostrar las amenazas alegadas en el libelo inicial, con el documento del folio 95. Ya se vio que lo consignado en dicho escrito no puede constituir amenaza que determinara la ruptura del contrato, pues la pieza tiene fecha 29 de agosto de 1967 y la renuncia según afirmación del demandante, ocurrió el 23 del mismo mes y las prestaciones le fueron liquidadas el 26, por lo cual no era posible que se encontrara en un hecho posterior la causa del retiro.

Además, las amenazas graves inferidas por el patrono al trabajador constituyen una justa causa de terminación, según el numeral 2º del aparte b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, pero de acuerdo con el párrafo de la misma norma, la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo, debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación, y posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos. El demandante no demostró que se hubiesen dado las amenazas graves que alegó, y aun en el caso de haberlas probado, no se podrían alegar en este caso por no haberse manifestado ese motivo a la terminación.

Por lo expuesto, debe revocarse la condenación sobre indemnización por despido, ya que al caso no es aplicable el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, pues no hubo despido, ni se demostró que el trabajador tuviera justa causa para la terminación, ni que la hubiera alegado oportunamente.

El cargo quinto de los relativos a la indemnización por despido injusto, no es necesario considerarlo, porque con él se busca lo mismo que con los anteriores, lo cual fue conseguido con la prosperidad de ellos.

Cargos primero, segundo, tercero y cuarto, relativos a la indemnización moratoria.

Se estudian conjuntamente estos cargos porque en ellos se ataca el fallo recurrido por aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como con-

secuencia de errores de hecho en la apreciación del documento del folio 95 del primer cuaderno.

En el primer cargo se indica como error de hecho el haber considerado que el trabajador había sido amenazado por el patrono, por lo cual no era válido el acuerdo de voluntades contenido en el documento que se indica mal apreciado. En la demostración se afirma que no hubo amenazas porque no se puede amenazar con algo que ya se hizo, que es válida la retención convenida por las partes, que más que retención, lo que se pactó fue una compensación y que en razón de ésta, no existían deudas laborales.

En el segundo cargo se dice que la aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, fue consecuencia de la infracción directa, por no aplicación, de los artículos 1740 y 1743 del Código Civil y por indebida aplicación del 1513 del mismo estatuto. En la demostración se advierte que por haber declarado el sentenciador la no validez del acuerdo de voluntades consagrado en el documento tantas veces citado, lo que hizo por falta de libre voluntad del trabajador, debido a las amenazas, se violó el artículo 1740 del Código Civil que define la nulidad, y se infringió el 1743 del mismo Código, que prohíbe declarar la nulidad relativa sin petición de parte. El recurrente examina la definición legal de fuerza, para concluir que el ad quem no tuvo en cuenta para calificarla, la legalidad del medio empleado (una amenaza de denuncia penal), la clase de impresión que debía producir el acto, y la calidad de grave e irreparable que debía tener el mal a que el trabajador temió verse expuesto; y termina insistiendo en que no podía aplicarse el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo porque la compensación había sido acordada por las partes.

En el tercer cargo se dice que la aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo ocurrió como consecuencia de la violación medio de los artículos 2469 y 2476 del Código Civil también indebidamente aplicados a consecuencia de error de hecho en la apreciación del documento del folio 95, por cuanto se tomó como transacción para declarar su invalidez, la compensación por la cual se ex-

tinguieron los derechos reclamados como prestaciones en el juicio.

En el cuarto cargo se acusa la violación por aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia de la violación medio del artículo 1714 del Código Civil, que tuvo lugar por aplicación indebida a través de errores de hecho en la apreciación del documento del folio 95. El error de hecho se hace consistir en que el Tribunal consideró que las partes no eran recíprocamente deudoras y que por lo tanto, no se operó entre ellas la compensación. Dice el recurrente que el documento mencionado es prueba de que las partes reconocieron ser recíprocamente deudoras y firmaron la compensación de sus deudas.

El opositor replica insistiendo sobre los errores de técnica que dice haber cometido el recurrente. Más adelante dice:

“Es elemental, según se deduce de las consideraciones hechas por el juez de primera instancia y por el honorable Tribunal que escogió las de primer grado, que la condena por indemnización moratoria tiene su fundamento jurídico en que tanto para uno como para otro juzgador la sociedad recurrente no pagó oportunamente al trabajador el valor de sus prestaciones sociales. En efecto, y dando aplicación estricta al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, los juzgadores de instancia no podían hacer menos que condenar al expatrono al pago de la indemnización moratoria contenida en dicha norma como consecuencia de las condenas que ya habían sido despachadas por las prestaciones sociales que el patrono dejó de cancelar oportunamente al trabajador. Nuevamente surge a la vista la incongruencia en la acusación de que adolece el antitécnico memorial presentado a manera de demanda de casación. Efectivamente, si el impugnador pretendía que el patrono había pagado oportunamente al trabajador el valor del auxilio de cesantía, sus primas de servicios, sus vacaciones, y sus salarios en ahorro, ha debido en su demanda indicar en, primer lugar las normas sustantivas consagratorias de estos derechos que hubieran podido infringirse. En segundo lugar, ha debido indicar la forma como dicha infracción se hubiera podido producir. Ha debido en seguida solicitar la casación de la sentencia en lo referente a esas condenas específicas por pres-

taciones sociales, salarios y vacaciones y la revocatoria de lo dispuesto al efecto por la sentencia de primer grado. Finalmente, si hubiera demostrado el impugnador que el ex-patrono pagó oportunamente al trabajador el valor de su auxilio de cesantía, de sus primas de servicios, de sus salarios en ahorro y de sus vacaciones, entonces si estaría en condiciones de solicitar también la revocatoria de la condena por indemnización moratoria. Porque esta condena por indemnización moratoria tiene su causa exclusivamente en que el honorable Tribunal encontró, como ya lo había encontrado el juzgador de primera instancia, que la sociedad recurrente retuvo sin justificación alguna, y dejó de pagar oportunamente, el valor de las prestaciones sociales, los salarios en ahorro y las vacaciones que legalmente le correspondían al ex-trabajador Benito Rodríguez”.

Se observa

Los cuatro primeros cargos sobre la indemnización por mora se apoyan en que se habían extinguido las prestaciones laborales por compensación. La demanda de casación pretende que en cuanto a cesantía, vacaciones, prima de servicios y salarios en ahorro también se case el fallo recurrido, se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a la parte demandada.

No acepta el recurrente que se debieran salario y prestaciones, afirma que esas obligaciones fueron compensadas y concluye que por tales motivos no es aplicable el precepto sobre indemnización por falta de pago.

En tal posición, la proposición jurídica resulta incompleta porque no se indicaron como violadas las normas sobre salarios, primas, cesantía, vacaciones y compensación, que serían los derechos violados conjuntamente con la norma sobre indemnización moratoria.

Ese defecto técnico hace inestimable la acusación contenida en los cuatro primeros cargos relativos a la indemnización por falta de pago.

Cargo quinto, relativo a indemnización moratoria

Se acusa aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo,

como consecuencia del error de hecho en la apreciación de los documentos de los folios 51 y siguientes y 95, por cuanto el Tribunal dedujo de ellos que el patrono había obrado de mala fe.

En la sustentación del cargo se dice que aunque hubiera ilegalidad en la compensación, según el criterio del Tribunal, no podía deducirse de ella la mala fe, ya que son figuras completamente distintas que debían confundirse; que la ampliación de la denuncia, hecha por el señor Vargas, no compromete a la empresa, pues tuvo lugar cuando había dejado de ser trabajador y estaba litigando contra ella; y que no se puede confundir la terminación del contrato con la mora en el pago de los salarios y prestaciones.

Se considera

El sentenciador parte de la base de que las prestaciones no fueron pagadas y así lo admite el recurrente en este cargo donde solamente se discute la buena o mala fe del patrono en esa falta de pago. Por lo tanto, las condenas por salarios y prestaciones no serán casadas porque no se formuló cargo concreto contra dichos derechos, a pesar de haber solicitado en el petitum que se quebrantara en esos puntos al fallo acusado.

La sentencia dice:

“La demanda no fue contestada. En la primera audiencia de trámite, el apoderado de la parte demandada propone unas excepciones, y para comprobarlas, relacionó unas pruebas, entre las cuales cita las que se agregaron al expediente y obran a folios 42, 43, 44 y 45, en los cuales constan sumas que allí se dice que recibió el trabajador, y que en el curso del juicio se despeja como no entregadas a él, siendo que no fueron recibidas sino como retenidas a título de una transacción que no lo fue. La manera de negociar las prestaciones por no actividad de la acción penal comprueba una conducta que no es correcta. La ampliación de la denuncia por parte de Jorge Enrique Vargas, va en menoscabo de la seriedad de la denuncia original.

“En fin, la buena fe de la empresa demandada no sale del todo bien librada a través de su actuación con respecto a la terminación del contrato de trabajo. Así,

pues, la condena al pago de los salarios caídos, con apoyo en no habersele pagado al trabajador sus prestaciones —por retención indebida— será confirmada, en la forma como la liquidó el juez a quo”.

El Tribunal encuentra incorrecta la conducta del patrono en cuanto negocia las prestaciones por no actividad de la acción penal. Ya se vio que una vez presentada la denuncia penal, la actividad del denunciante se proyecta en la constitución de parte civil, pues el proceso penal tiene impulso propio, y era normal que si el trabajador reclamaba judicialmente sus prestaciones, el patrono también podía reclamar como parte civil en el proceso penal, los perjuicios que se derivaran del delito denunciado.

Es evidentemente erróneo apreciar el documento del folio 95 en el sentido de que indique mala fe del patrono al reservarse el derecho de reclamar sus perjuicios en caso de que el trabajador no cumpla con la compensación.

El que la ampliación de la denuncia vaya en menoscabo de la original, es perfectamente explicable, porque ésta fue presentada el 28 de agosto de 1967, cuando el señor Vargas era trabajador de Vicotécnica Limitada y cuando fue autorizado por el gerente, y la ampliación tuvo lugar el 5 de agosto de 1968, cuando el señor Vargas no era trabajador de la empresa, no estaba autorizado por ella, y tenía intereses en contra de la sociedad a la cual había demandado, según se desprende de la misma ampliación, donde dice que renunció el 30 de noviembre de 1967, y de su declaración a folios 79 a 81.

Es evidentemente erróneo entender que la ampliación de la denuncia hecha por el señor Vargas en las condiciones expresadas, pueda indicar mala fe del patrono.

También tiene razón el impugnador cuando dice que no se puede confundir la conducta del patrono en el momento de la terminación, con la que observe en cuanto al pago de salarios y prestaciones sociales. Son dos momentos distintos, tienen tratamientos diferentes y sobre ellos recaen indemnizaciones diversas. No puede encontrarse mala fe patronal en la falta de pago de prestaciones y salarios, porque el trabajador haya sido despedido sin justa causa, como

tampoco se podría entender buena fe por esa falta de pago, cuando la terminación hubiera sido legal.

Por los errores de hecho cometidos, que incidieron en la aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo prospera el cargo.

Consideraciones de instancia

Las excepciones del patrono se apoyan en el documento del folio 95, por el cual consideraba que había solucionado sus obligaciones laborales. Aunque la compensación o transacción allí consignada no tenga validez para liberar de esas obligaciones, mientras no hubiera declaración en tal sentido, ello constituía una razón atendible aunque finalmente no fuera eficaz para que el patrono dejara de pagar lo que con algún fundamento consideraba no deber.

Por lo anterior, no puede entenderse que la posición patronal en la falta de pago obedezca a engaño, mala fe o malicia. De allí que no sea aplicable la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y que deba absolverse por ese extremo de la litis.

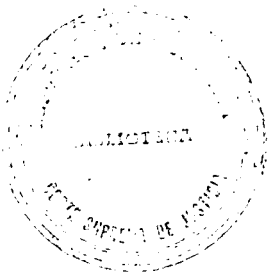
En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia de nueve de marzo de mil novecientos setenta y tres, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Benito Rodríguez Díaz contra Vicotécnica Limitada, Luis Guillermo Páez Beltrán y Clara Inés Cepeda de Páez, en cuanto condenó a la parte demandada a pagar al actor indemnización por despido e indemnización por mora, y en sede de instancia, revoca los apartes f) y g) del numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, dictada en el mismo juicio el veintidós de junio de mil novecientos setenta, por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar absuelve a Vicotécnica Limitada de las indemnizaciones por terminación del contrato y por falta de pago de salarios y prestaciones. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

*Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides
Patrón, Jorge Gaviria Salazar.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



UNIDAD DE EMPRESA

En el caso de las personas jurídicas para que se dé el hecho de la unidad de empresa debe existir una sociedad principal y filiales o subsidiarias de la primera que debe predominar económicamente y que, además, la principal, junto con las filiales o subsidiarias, deben cumplir actividades similares, conexas o complementarias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre diecinueve (19) de mil novecientos setenta y tres (1973).

(Magistrado ponente: Doctor Jorge Gavi-
ria Salazar).

Medardo Aguilar Cabarcas, por conducto de apoderado demandó a “Cervecería Aguila S. A.” domiciliada en Barranquilla y representada por su Gerente Roberto Puma-rejo, para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía fuera condenada a pagarle:

A. “La pensión especial o restringida de jubilación de que trata el inciso 2º del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, a partir del día ocho (8), sic, de junio de mil novecientos sesenta y nueve (1969), fecha ésta en la que cumplió cincuenta (50) años de edad computando, para la liquidación de la pensión, el aumento o reajuste decretado en el Decreto legislativo 435 de este año”, y

B. “Las costas, en caso de oposición temeraria”.

Afirmó el apoderado del demandante los siguientes hechos:

“Primero. Mi mandante sirvió de manera continua a la demandada, Cervecería Aguila S. A., sustituta de Cervecería Barranquilla y Bolívar S. A., en la cual empezó a trabajar, desde el día veintitrés (23) de enero de 1950 hasta el día ocho (8) de marzo de 1968, es decir que prestó servicios continuos durante dieciocho (18) años y un mes y trece (13) días.

“Segundo. El día ocho (8) de marzo de mil novecientos sesenta y ocho (1968) mi mandante fue injustamente despedido.

“Tercero. Mi mandante devengó como último salario real promedio, la suma de cuarenta y un pesos con setenta y cuatro centavos (\$ 41.74) moneda corriente diarios.

“Cuarto. Mi mandante demandó a la demandada para que le fueran pagadas sus prestaciones sociales y la indemnización compensatoria por la terminación unilateral a cargo de la empresa, sin justa causa, de su contrato de trabajo, y la litis fue resuelta en su favor mediante sentencia de primera instancia, de fecha 24 de abril de 1970, proferida por el Juzgado Tercero Laboral de este Circuito, confirmada en parte, por sentencia de segunda instancia de 14 de diciembre de 1970, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial.

“Quinto. En las providencias citadas en el hecho inmediatamente anterior quedaron establecidos, con carácter de cosa juzgada, los siguientes hechos: que mi mandante cumplió un tiempo de servicio de 18 años un (1) mes y trece (13) días; que fue injustamente despedido el día 8 de marzo de 1968 y finalmente que devengó un último salario real promedio de cuarenta y un pesos con setenta y cuatro centavos (\$ 41.74) moneda corriente.

“Sexto. La demandada, no obstante que canceló la condena contenida en las aludidas sentencias, esto es, que ha hecho tránsito a cosa juzgada la prueba de los hechos detallados en el hecho anterior, y que tiene conocimiento de que mi mandante

cumplió los cincuenta (50) años de edad el día 6 de junio de 1969, temerariamente, alegando que en este juicio, propiamente, que en el que se origine en esta demanda, podrá someter nuevamente a debate el tiempo de servicio de mi mandante, se ha negado a reconocerle y pagarle la pensión especial de jubilación a que tiene derecho".

La sociedad demandada al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del actor manifestando que le faltaban "los requisitos señalados en la ley laboral para tener derecho a disfrutar de pensión de jubilación, ni plena, ni restringida"; propuso la excepción de inexistencia de la obligación, consistente en que Aguilar Cabarcas sólo trabajó para Cervecería Aguila S. A. tres (3) años y sobre los hechos dijo:

"Primero. No es cierto. Y aclaró: El señor Medardo Antonio Aguilar Cabarcas trabajó con Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. desde el 23 de enero de 1950 hasta el día 20 de noviembre de 1956, fecha en la cual se retiró voluntariamente. Desde el día 21 de noviembre de 1956 hasta el día 31 de marzo de 1965, trabajó con Distribuidora Aguila S. A., hoy Valores del Norte S. A. En virtud de contrato, reingresó a Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A., el día 1º de abril del año de 1965.

"En el año de 1967 Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. fue sustituida por Cervecería Aguila S. A. Esta dio por terminado, en 8 de marzo de 1968, el contrato, por graves faltas que, a juicio, del señor Juez Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla y del Tribunal Superior, no lo eran.

"Segundo. Pese a que los jueces citados en el hecho inmediatamente anterior dijeron que el despido fue injusto, fue apenas natural, pues el sacar de una fábrica elementos, etc., no sólo es justa causa de despido, sino, por lo menos, acto inmoral.

"Tercero. No me consta.

"Cuarto. Fue un juicio en que no se buscó la 'verdad verdadera', ya que el Tribunal, pese a solicitud oportuna, y a su misión de decretar pruebas de oficio y para mejor proveer, no las decretó, no obstante haber presentado un certificado auténtico de que el demandante trabajó con otra empresa. La sentencia de primera instancia fue revocada en lo referente a condena por salarios caídos. Como cosa extraordinaria

se desestimó como prueba el contrato suscrito por las partes y se tuvo como tal otros papeles anteriores a la firma de ese contrato. Éticamente carece de valor el resultado de esa demanda. Hubo enriquecimiento sin causa. Pero la demandada cumplió el fallo. Lo triste es así.

"Quinto. No es un hecho. De conformidad con el artículo 474 del Código Judicial, aplicable en este caso por mandato del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, para que exista cosa juzgada es menester la concurrencia simultánea de las siguientes condiciones axiológicas: a) Que la nueva demanda tenga el mismo objeto; b) Que se funde en las mismas causas, y c) Que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes. Si se compara la demanda que originó el fallo a que se alude en este llamado hecho con la actual, resulta evidente que no concurren las condiciones para que opere la cosa juzgada.

"Sexto. No es un hecho".

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla, que conoció del juicio, puso fin a la primera instancia por sentencia de 16 de octubre de 1971, en la que condenó a Cervecería Aguila S. A. a pagar a Medardo Aguilar Cabarcas, por concepto de pensión especial de jubilación, la suma de \$ 876.54 mensuales, a partir del 8 de junio de 1969 y no impuso costas.

Los apoderados de las partes apelaron de la anterior providencia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla al resolver la alzada en sentencia de 27 de julio de 1972, modificó la de primer grado, diciendo:

"Refórmase la sentencia apelada la cual quedará así:

"1º Condénase a la Empresa "Cervecería Aguila S. A." a pagar al demandante señor Medardo Aguilar Cabarcas, por concepto de pensión especial de jubilación, la suma de \$ 876.54 mensuales desde el día 8 de junio de 1969 hasta el 31 de marzo de 1971.

"2º A partir del 1º de abril de 1971 la pensión especial de jubilación será de \$ 1.138.70 mensuales.

"3º Sin costas".

Contra la resolución del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la sociedad demandada que fue concedido por el ad quem y está admitido por la Corte.

El recurso extraordinario

Con él aspira el recurrente a que la Corte, Sala de Casación Laboral, case totalmente la sentencia acusada, y en su lugar, constituida en Tribunal de instancia, revoque la proferida por el a quo y absuelva a la sociedad demandada de todos los cargos del libelo inicial del juicio.

En capítulo separado, el impugnador indica que el motivo o causal del recurso es el primero de los señalados en el artículo 50 del Decreto extraordinario 528 de 1964, incorporado en el precepto 87 del Código Procesal del Trabajo, cuyo texto sustituyó, y formula dos cargos que se examinarán en el orden en que fueron propuestos.

Primer cargo

El recurrente lo enuncia en la siguiente forma:

“Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria, por infracción directa, de los artículos 194 y 16 del Código Sustantivo del Trabajo, por haberlos dejado de aplicar, siendo aplicables, y del artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, por aplicación indebida, ya que se le dio aplicación sin ser aplicable, infracciones que condujeron a la final, por aplicación indebida, del artículo 8º de la Ley 171 de 1961”.

En la sustentación del ataque manifiesta el casacionista que los artículos 194 del Código Sustantivo del Trabajo y 15 del Decreto 2351 de 1965, aunque tienen elementos comunes, presentan sustanciales diferencias, y según se aplique el uno o el otro las consecuencias son distintas.

Expresa que el problema respecto del cual se enfrentan las dos disposiciones “dice relación al cómputo de tiempo para aplicar la norma sobre pensión restringida de jubilación con más de 15 años de servicio a la misma empresa (inciso segundo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961), a la figura jurídica de la unidad de empresa regulada hasta el 4 de septiembre de 1965 por el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo y a partir de esa fecha por el 15 del Decreto 2351 de 1965, que se tuvo en cuenta por el Tribunal para efectos de acumulación de lapsos de servicios, y al fenómeno de la aplicación en el tiempo conforme al artículo 16 del citado estatuto”.

Afirma el censor que sólo uniendo períodos de servicios prestados a Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A., a Distribuidora Aguila S. A. y a Cervecerías Aguila S. A. es posible que se cumpla en el caso del actor el tiempo que exige el inciso 2º del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, para conceder con 50 años de edad, si se llenan los otros requisitos previstos en la misma disposición, la pensión de jubilación y que la acumulación de aquellos tiempos de servicios sólo es posible en cuanto las tres sociedades queden englobadas dentro del concepto de “una misma empresa”.

Continúa el recurrente expresando que, “aceptado que se operó un fenómeno de identidad de empresa entre Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. y Cervecerías Aguila S. A., por sucesión en el mismo negocio”, lo cierto es que sólo puede computarse el tiempo de servicios prestados por Aguilar Cabarcas a Distribuidora Aguila S. A., en cuanto sea posible establecer nexos de identidad o de unidad entre esta última sociedad y Cervecería Aguila ya directamente o a través de la primera de las entidades nombradas, y que “tales nexos no pueden resultar sino de la aplicación directa de la norma del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en cuanto se haya trabajado para “la misma empresa”, por “identidad económica”, o para “sus sucursales o subsidiarias”. De consiguiente, agrega, para que se pueda colocar a Distribuidora Aguila S. A. en la línea de sucesión de las otras dos sociedades, era indispensable que Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. hubiera sustituido a Cervecería Aguila S. A., en el sentido de haberla reemplazado en el mismo negocio o explotación económica, o que, respecto a las tres “hubiera existido unidad de empresa”, o finalmente que se “diera la posibilidad más remota: la unidad de empresa” entre las sociedades anónimas Cervecería Aguila y Distribuidora Aguila (Valores del Norte S. A.).

Resultaba demasiado ostensible, prosigue “que no existió ningún vínculo directo entre Cervecerías Aguila S. A. y Distribuidora Aguila S. A. — hoy Valores del Norte S. A. — y por ello el ad quem “consideró que la primera sustituyó a la segunda al sustituir a Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A., por cuanto entendió que entre la segunda y la última existió unidad de

empresa. La verdad es que en los términos del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, Cervecería Aguila S. A. nunca fue ni llegó a ser la misma empresa que Distribuidora Aguila S. A. ni ésta fue subsidiaria suya”.

Por esta razón el Tribunal sólo tuvo como medio para llegar al resultado conocido en su cómputo de tiempo (18 años, 1 mes y 13 días), “una sustitución de Distribuidora Aguila S. A. por Cervecería Aguila S. A., a través de Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A.”

Expone en seguida el acusador que al hacerse esa vinculación para efectos del cómputo del tiempo de servicios se desconocieron las reglas sobre aplicación de la ley en el tiempo, contenida en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, pues en lugar de aplicar el sentenciador el precepto a cuyo dominio corresponde el fenómeno de la unidad de empresa, que para el recurrente en el caso de autos es el 194 del Código Sustantivo del Trabajo, aplicó el que no era, o sea el 15 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó al primero.

Manifiesta en seguida, que como ya lo había enunciado entre las dos normas existen sustanciales diferencias. Transcribe los dos artículos y refiriéndose al texto 194 del Código Sustantivo del Trabajo y al 15 del Decreto 2351 de 1965, expresa que la unidad de empresa, cuando existen varias unidades de explotación económica, sólo es posible, de acuerdo con el primero, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- a) “Que las varias unidades dependan de una misma persona natural o jurídica;
- b) “Que correspondan a actividades económicas similares, conexas o complementarias, y
- c) “Que tengan trabajadores a su servicio”, y de acuerdo con el segundo, se requiere:

1. Que las varias unidades dependan económicamente de una misma persona natural o jurídica.

2. Que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias, y

3. Que tengan trabajadores a su servicio.

El recurrente compara “los numerales 1º de ambos artículos” y manifiesta que de ellos resulta solamente que el legislador estimó necesario precisar en el artículo 15 del Decreto 2351 que esa dependencia respecto del patrono no podía ser de cualquier

género sino específicamente económica, y que le pareció redundante decir que las “actividades debían ser económicas”.

Anota a continuación, que la diferencia fundamental “estriba en la adición de una norma (la del numeral 2 del artículo últimamente citado) que vino a modificar, para un caso especial, el de las sociedades principales y sus filiales o subsidiarias, la disposición que impedía en el texto del artículo 194 del Código, declarar la unidad de empresa cuando no hubiera identidad patronal por tratarse de varias personas jurídicas. Porque según la norma contenida en el artículo que sustituyó al 194 del Código, “en el caso de personas jurídicas” habrá unidad de empresa, aun existiendo distintas sociedades, que era un factor impeditivo del fenómeno en la disposición subrogada, cuando se den estas condiciones:

- a) Que se trate de una principal y sus filiales o subsidiarias;
- b) Que la primera predomine económicamente en las otras, y
- c) Que todas cumplan actividades similares conexas o complementarias.

Según lo anterior, manifiesta el casacionista, la unidad de empresa que no se podía declarar entre establecimientos, negocios o explotaciones económicas dependientes de distintas personas jurídicas, se puede establecer respecto de ellas si están en relación de principal y filiales o subsidiarias. Pero debe tenerse en cuenta que en ninguno de los dos casos el del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo y el del numeral 2º del artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, “es posible establecer o declarar la unidad de empresa si falta el elemento de la similitud, conexidad o complementariedad (sic) de actividades”.

Siendo esto así, sigue el impugnador, en lo que hace relación exclusivamente al cargo formulado, la aplicación de una u otra norma no es indiferente frente al problema, pues están implicadas dos personas jurídicas (Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. y Distribuidora Aguila S. A. o Valores del Norte S. A.) respecto de las cuales el Tribunal ha declarado probada la unidad de empresa.

Vuelve a repetir el recurrente que en su opinión apoyada en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, en la jurisprudencia

dencia y en la doctrina, el precepto aplicable en el caso de Aguilar Cabarcas es el 194 original del Código y no el 15 del Decreto 2351 de 1965, que lo subrogó.

Manifiesta el recurrente que considera violado por el ad quem el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, que transcribe y expone que tal norma consagra el principio de la irretroactividad de la ley, de que trata el artículo 30 de la Constitución Nacional al decir el precepto copiado que la ley laboral tiene efecto general inmediato pero que no puede afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.

Según el impugnador es indispensable “determinar si en el caso en litigio había una situación en curso (*facta pendentia*) o una definida o consumada (*facta prae-terita*) cuando empezó a regir el artículo 15 del decreto tantas veces citado y, por lo tanto, si se podía éste aplicar sin darle efecto retroactivo o, por el contrario, si sustraer el problema del imperio regulador del artículo 194 del Código para someterlo al de dicha norma “significa aplicarla en forma retroactiva”.

Expresa el recurrente que no discute respecto a pensión de jubilación, que la ley pueda modificar, adicionar o suprimir requisitos o condiciones que la regulen, mientras no exista una situación definida o consumada “por la concurrencia de todos los elementos que generen dicha prestación, es decir mientras no haya culminado el proceso con el surgimiento del status de jubilado”, pero que una cosa son los “hechos constitutivos de la situación jurídica” y otra los “elementos que integran una situación que concurre en la formación de otra”.

En seguida explica que “esa situación puede quedar definida o consumada en un momento del proceso de formación de la situación jurídica resultante, como es el caso de la unidad de empresa, conformada por varios elementos constitutivos del fenómeno, los cuales es posible que hayan quedado reunidos totalmente bajo la vigencia de una ley anterior.

En este caso manifiesta que la ley nueva no puede modificar “los elementos constitutivos del fenómeno de unidad de empresa que quedaron reunidos antes de su vigencia, ya sea para agregar otros o supri-

mir algunos de los que concurrieron a crear la situación, ya sea para negarle un efecto cumplido o para concederle uno positivo que no tenía y que era más bien de carácter impeditivo (vr. gr. la diversidad de personas jurídicas)”.

Tampoco puede, aquella ley nueva, agregar, “hacer que sean una sola empresa las que bajo la vigencia de la antigua, fueron dos empresas distintas”.

Manifiesta que en el caso de autos se trata del fenómeno de la unidad de empresa “como base para computar el tiempo que daría derecho a la pensión jubilatoria” y que si bajo la vigencia del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo —ley anterior— tal unidad no existía, no puede el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965 —ley nueva—, “ir al pasado para hacer que lo que no fue haya sido, que dos sociedades contempladas como patronos diferentes, por la disposición entonces en vigor se conviertan en una sola, para efectos de dicho cómputo”.

Después de transcribir opiniones de un tratadista extranjero sobre los conflictos de las leyes en el tiempo, el impugnador manifiesta que el efecto inmediato de la ley laboral no puede llegar hasta el punto de que una norma que “gobierna sólo algún aspecto de la generación de la pensión jubilatoria, como es el relativo a la figura jurídica de la unidad de empresa, afecte los elementos constitutivos de esta situación concreta que se consolidaron antes de su vigencia”.

Dice el recurrente que en este caso no existe ningún nexo entre Cervecería Aguila S. A. y Distribuidora Aguila S. A. y vuelve a insistir en que el problema de unidad de empresa que se discute, estuvo regulado antes por el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo y hoy por el 15 del Decreto 2351 de 1965 “y dice relación a posibles vínculos entre Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. y Distribuidora Aguila S. A. (o Valores del Norte S. A.)”.

Para indicar cuál de las normas citadas antes es la aplicable al caso controvertido, recuerda que en 1967 Cervecería Aguila S. A. sustituyó a Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. “y que antes Distribuidora Aguila S. A. se había transformado en Valores del Norte S. A., y sobre la forma cronológica de la prestación de servicios, ma-

nifiesta el casacionista que "Medardo Aguilar Cabarcas prestó sus servicios a las tres sociedades en la siguiente forma:

"a) A Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A., desde el 23 de enero de 1950 hasta el 20 de noviembre de 1956;

"b) A Distribuidora Aguila S. A., desde el 21 de noviembre de 1956 hasta el 31 de marzo de 1965;

"c) A Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. y a Cervecería Aguila S. A., (que la sustituyó) desde el 1º de abril de 1965 hasta el 8 de marzo de 1968".

Expresa a continuación el casacionista que el Decreto 2351 de 1965 comenzó a regir varios meses después de que Aguilar Cabarcas había dejado de prestar sus servicios a Distribuidora Aguila S. A. y se había vinculado nuevamente a Cervecerías Barranquilla y Bolívar, por lo que "sus normas no pueden ser aplicadas para decir con relación al contrato que vinculó a dicho extrabajador con la sociedad primeramente mencionada, que existió unidad de empresa entre ella y la segunda, pues se le estaría dando un efecto retroactivo".

Manifiesta en otro pasaje del cargo, que para la época en que se hicieron las vinculaciones del demandante, primero con Cervecerías Barranquilla y Bolívar, luego con Distribuidora Aguila y posteriormente con la mencionada al principio (1º de abril de 1965) la norma que existía era la del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo cuya vigencia concurrieron en su integridad tanto los elementos que permitían la unidad de empresa como aquellos que la impedían.

Nuevamente expresa el acusador que el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, se encontró con una situación definida o consumada, consistente en que Aguilar, durante un lapso, fue exclusivamente trabajador de Distribuidora Aguila y por tanto, no le era aplicable aquella norma que no tenía existencia, sino el citado artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, y que de consiguiente es ésta la que se debe analizar frente al problema.

Confronta en seguida la situación de unidad de empresa con las reglas del precepto legal últimamente citado, y afirma que aquella no podía declararse ni establecerse pues se trataba de dos personas jurídicas y el artículo 194 del Código Sustan-

tivo del Trabajo, no permitía la existencia de esa figura "aun cuando se tratara de sociedades principales y filiales o subsidiarias"... dependientes de una misma persona natural o jurídica.

Asevera que así lo interpretó el Ministerio del Trabajo y el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y que para llenar un vacío se subrogó la norma por la actual, que es el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, como lo solicitaba un tratadista de derecho del trabajo colombiano cuya interpretación del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, transcribe.

Advierte el recurrente, en seguida, que "cuando se hizo la sustitución (y el término está aquí tomado en forma genérica) de Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. por Cervecería Aguila S. A. (año de 1967), no existía ninguna relación entre aquella y Distribuidora Aguila S. A. (entonces Valores del Norte S. A.). Y además, si para ninguna época anterior se demostró el factor de la similitud, conexidad o complementariedad de actividades entre Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. y Distribuidora Aguila S. A., bien claro está que para entonces el objeto de esta última sociedad (ya transformada en Valores del Norte S. A.) nada tenía que ver con el ramo de cerveza (véase Certificado de la Cámara de Comercio, folio 74 vto. del cuaderno N° 1).

El recurrente manifiesta que no existió unidad de empresa entre la sociedad demandada y Distribuidora Aguila S. A., de conformidad con el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, "por faltar el elemento de la similitud, conexidad o complementariedad de actividades", y que mucho menos puede haberla a la luz del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo "respecto del cual falta además el elemento de la unidad patronal, por tratarse de dos personas jurídicas distintas..."

Para finalizar el ataque expresa el impugnador:

"Según el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, para que se tenga derecho a la pensión especial o restringida de jubilación se requiere:

"a) Que el trabajador haya sido despedido sin justa causa;

"b) Del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos;

"c) Habiendo laborado para la misma empresa o para sus sucursales o subsidiarias;

"d) Durante: 1. Más de 10 años y menos de 15; o 2. Después de 15 años y antes de 20;

"e) Continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de dicha ley;

"f) Si tienen: 1. Sesenta años de edad, o cuando se cumplan, en el caso del literal d), numeral 1; o cincuenta años de edad o cuando se cumplan, en el caso del literal d), numeral 2.

Siendo que no se cumplió el supuesto previsto para la aplicación del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en su inciso 1º, es decir, servicios prestados durante más de 15 años "para la misma empresa o para sus sucursales o subsidiarias", ni siquiera el inciso 1º, o sea, más de 10 años y menos de 15 de servicios, pues el tiempo laborado para Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. y Cervecería Aguila S. A. es realmente inferior a 10 años, el señor Medardo Aguilar Cabarcas no tenía derecho a la pensión especial o restringida de jubilación".

"Entonces, al no aplicarse la norma aplicable (el artículo 194 del C. S. del T.) y aplicarse la no aplicable (el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965), dándole a éste efecto retroactivo, contra lo dispuesto por el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra la irretroactividad de la ley laboral, se violó el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, por indebida aplicación, al aplicarla a un hecho no previsto (servicios por menos de 10 años), y hacerla producir respecto de él un efecto que no tenía: la pensión especial o restringida de jubilación, la cual es consagrada por la disposición sólo para el caso de que se haya trabajado para la misma empresa o para sus sucursales o subsidiaria por más de 10 años y menos de 15 (inciso primero) y de 15, sin llegar a 20 (inciso segundo)".

Se considera

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, en la sentencia que es objeto del presente recurso, se expresó así:

"De la relación anterior (examen de los hechos del libelo inicial, respuesta a los mismos en la contestación de aquél y de-

cisión de primer grado, aclara la Corte) se deduce que corresponde a la Sala decidir si existen pruebas suficientes del tiempo de servicio del demandante en la empresa Cervecería Aguila S. A. (18 años, un (1) mes y trece (13) días) y del despido injusto que dio por terminado su contrato laboral, lo que sumado a la prueba de la edad (que figura a folio 4 en la partida de bautismo), llevarían a la condena solicitada de pensión especial de jubilación desde el 8 de junio de 1969 según el artículo 8º de la Ley 171 de 1961".

"Para acreditar el tiempo de servicio y el despido, el libelo invoca las sentencias proferidas por la justicia laboral, debidamente ejecutoriadas y con mérito de cosa juzgada, según las cuales se condenó a Cervecería Aguila S. A., a pagar al mismo demandante Medardo Aguilar, la indemnización por despido injusto, aplicando la tabla de antigüedad del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 para un tiempo computado de 18 años, 1 mes y 13 días. Además de las sentencias respectivas, el demandante presentó al informativo las principales piezas del expediente que dio origen a dichas providencias, mediante diligencia de inspección judicial y compulsamiento de copias auténticas".

"La parte demandada ha sostenido su defensa en que las sentencias de un juicio anterior, en que se debatían otras prestaciones sociales, no pueden constituir cosa juzgada para este debate, ya que no se reúnen los requisitos que para el caso exige el artículo 474 del Código Judicial".

"La Sala observa sin embargo que las pruebas practicadas en el juicio anterior han sido trasladadas a este, no para que sirvan como elemento decisorio de "cosa juzgada", sino como elemento probatorio para ser analizado. Y de esas pruebas documentales y testimoniales se desprende el tiempo de servicio alegado, pero sobre todo, la injusticia del despido.

"Sobre el tiempo de servicio se agregaron por la parte demandada nuevos elementos de juicio en la acción que nos ocupa: son documentos que acreditan en forma incontrovertible estos hechos, que a continuación se exponen en orden cronológico. 1. Que el señor Aguilar ingresó al servicio de "Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A." el 24 de enero de 1950 y traba-

jó allí hasta el 20 de noviembre de 1956 (Fl. 34). 2. Que inmediatamente pasó al servicio de "Distribuidora Aguila S. A." el 21 de noviembre de 1956 laborando hasta el 31 de marzo de 1965. (Fls. 33, 69 y 71). 3. Que Distribuidora Aguila S. A. fue una sociedad constituida el 25 de agosto de 1952 y en la cual 799.960 y sus 800.000 acciones eran de "Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A." (Fls. 74 y ss.). 4. Que el 1º de abril de 1965, o sea al día siguiente de ser liquidado por Distribuidora Aguila S. A. el señor Aguilar volvió al servicio de Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A., el 1º de abril de 1967 y que allí permaneció hasta ser despedido el 8 de marzo de 1968 (Fls. 36 y 39)".

Y en relación con las pruebas así reseñadas expresa el ad quem:

"De lo anterior se puede colegir, que si no eran suficientes las pruebas aportadas al primer juicio sobre el tiempo de servicio de Aguilar en la empresa demandada, los documentos aportados precisamente por ésta arrojan mayor luz sobre el asunto y establece claramente una, unidad de empresa entre Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. y Distribuidora Aguila S. A., en la cual predominaba económicamente la primera en los términos que define el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965. Y que posteriormente operó una sustitución patronal, por lo cual el último patrón, "Cervecería Aguila S. A.", debe correr con los reclamos, prestaciones que se deriven de todo el tiempo de servicio (Art. 69 —sic— C. S. del T.)".

Termina el ad quem haciendo referencia a la causal de retiro para indicar que como no se demostró por la demandada la justa causa alegada para el despido de Aguilar debe darse aplicación al artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y al Decreto 435 de 1971, pues causada la pensión especial de jubilación a favor del actor, conforme al primer precepto el 8 de junio de 1969, debe reajustarse la misma de acuerdo con las disposiciones del decreto, a partir del 1º de abril de 1965.

El impugnador en el ataque a la sentencia de segunda instancia, que en parte se transcribió acepta que entre Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. y Cervecería Aguila S. A., se operó en 1967 una sustitución patronal pero niega uno de los fun-

damentos esenciales de aquella providencia: la unidad empresarial entre Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. y Distribuidora Aguila S. A.

Parte el recurrente entonces de un supuesto de hecho distinto al que tuvo en cuenta el Tribunal, y por tanto, la vía es cogida por el primero no podía ser la violación directa de la ley en sus conceptos de infracción directa de los preceptos 16 y 194 del Código Sustantivo del Trabajo y aplicación indebida de los artículos 15 del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961, pues para ello se requería el acuerdo del casacionista sobre el hecho básico en que se apoya la sentencia gravada.

Es más, en la sustentación del cargo, el recurrente para demostrar las violaciones de los preceptos reseñados en aquél, afirma que Cervecería Aguila S. A. nunca fue ni llegó a ser la misma empresa que Distribuidora Aguila S. A. ni ésta fue subsidiaria suya; que en el litigio no se determinó si respecto a Aguilar existió una situación en curso o una definida o consumada, cuando empezó a regir el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965; que no existió nexo alguno entre la Distribuidora y Cervecería Aguila; que aquella antes de 1967 se había convertido en Valores del Norte S. A. y según el certificado de la Cámara de Comercio (Fl. 74 cuaderno Nº 1) nada tenía que ver con el ramo de cerveza y que por otra parte, en ninguna época se demostró el factor de la "similitud, conexidad o complementariedad de actividades" entre Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. y Distribuidora Aguila.

Las razones anteriores indican que el casacionista fundamenta su ataque en cuestiones fácticas ajenas por completo, al concepto de violación de la ley por la vía directa, por lo cual el cargo es inestimable.

Segundo cargo

Como subsidiario del anterior lo formula el recurrente manifestando que la sentencia de segunda instancia es violatoria del artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, "en la modalidad de la interpretación errónea, la cual condujo al ad quem a violar consecuentemente, por indebida aplicación, el artículo 8º de la Ley 171 de 1961".

En la sustentación del ataque el impugnador transcribe la motivación del ad quem "en las partes pertinentes de su fallo", así:

"3º Que Distribuidora Aguila S. A. fue una sociedad constituida el 25 de agosto de 1952 y en la cual 799.960 y (sic) sus 800.000 acciones eran de 'Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A.'.

"De lo anterior se puede colegir, que si no eran suficientes las pruebas aportadas al primer juicio sobre tiempo de servicio de Aguilar en la empresa demandada, los documentos aportados precisamente por ésta arrojan mayor luz sobre el asunto y establece (sic) claramente una unidad de empresa entre Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. y Distribuidora Aguila S. A. en la cual predominaba económicamente la primera en los términos que define el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965 y que posteriormente operó una sustitución patrimonial, por lo cual el último patrón 'Cervecería Aguila S. A.' debe correr con los reclamos, prestaciones que se derivan de todo el tiempo de servicio (Art. 69 C. S. del T., folio 17, cuaderno Nº 2). Subrayas del recurrente.

Explica el casacionista que sin detenerse en la cita equivocada del artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo, porque no tiene incidencia en la cuestión, debe anotar que en los párrafos copiados está implícita la interpretación de que establecido el predominio económico de una sociedad sobre la otra, queda establecida la unidad de empresa.

Según esa interpretación, continúa, no se requiere que las sociedades estén entre sí la relación de principal, filiales o subsidiarias, ni que todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias.

Expresa luego que la verdadera interpretación del artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, es la siguiente:

"Para que en el caso de dos personas jurídicas haya unidad de empresa, además de tener trabajadores a su servicio, se requiere:

- a) Que se trate de una principal y filiales o subsidiarias suyas;
- b) Que la primera predomine económicamente en las otras, y
- c) Que todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias".

Manifiesta el recurrente que para el Tribunal bastó el simple elemento del predominio económico de Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. sobre Distribuidora Aguila S. A. para establecer la unidad de empresa entre las dos sociedades, desechando u olvidando los otros elementos que clara y taxativamente exige la norma, "la cual por lo tanto resultó violada en la forma ya dicha".

Finaliza el acusador expresando:

"Al infringir el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, por errónea interpretación, el Tribunal violó consecuencialmente, por aplicación indebida, el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, pues al llegar a la conclusión de que había existido unidad de empresa entre Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. y Distribuidora Aguila S. A., sumó el tiempo de servicios prestados a esta última sociedad al tiempo laborado para las otras citadas a lo largo de esta demanda, con lo cual obtuvo un cómputo de más de 15 años, siendo que realmente el período computable al efecto es inferior a 10. De suerte que se aplicó la citada norma de la Ley 171 de 1961 a una situación no regulada por ella en ninguno de sus dos primeros incisos, y por lo tanto, se le hizo producir de tal situación un efecto que no correspondía: La pensión especial o restringida de jubilación".

Se considera

El artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, numeral 2º, establece:

"En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquélla predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias..."

Según el ataque que se examina, el casacionista se sitúa dentro del numeral parcialmente transcrito para decir que implícitamente el Tribunal lo interpretó erróneamente pues no tuvo en cuenta sino el requisito del predominio económico de Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. sobre Distribuidora Aguila S. A. y que consistía en que de las 800.000 acciones que tenía ésta, 799.960 pertenecían a la primera.

Es cierto que en el caso de las personas jurídicas para que se dé el hecho de la uni-

dad de empresa debe existir una sociedad principal y filiales o subsidiarias de la primera que debe predominar económicamente y que, además, la principal, junto con las filiales o subsidiarias, deben cumplir actividades similares, conexas o complementarias.

En el caso de autos el Tribunal no dijo en parte alguna de la sentencia que el simple "elemento del predominio económico de Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. sobre Distribuidora Aguila S. A." bastaba para establecer la unidad de empresa entre estas dos sociedades.

El ad quem no se refirió exclusivamente al número de acciones que en Distribuidora Aguila S. A. tenía Cervecería Barranquilla y Bolívar S. A. para llegar a la conclusión sobre unidad empresarial entre aquellas personas como el recurrente quiere hacerle decir.

Expresó el Tribunal:

"Sobre el tiempo de servicio se agregaron por la parte demandada nuevos elementos de juicio en la acción que nos ocupa: son documentos que acreditan en forma incontrovertible estos hechos, que a continuación se exponen en orden cronológico: 1º Que el señor Aguilar ingresó al servicio de "Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A." el 24 de enero de 1956 (Fl. 34). 2º Que inmediatamente pasó al servicio de "Distribuidora Aguila S. A." el 21 de noviembre de 1956 laborando hasta el 31 de marzo de 1965 (Fls. 33, 69 y 71). 3º Que Distribuidora Aguila S. A. fue una sociedad constituida el 25 de agosto de 1952 y en la cual 799.960 y (sic) sus 800.000 acciones eran de "Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A." (Fls. 74 y ss.). 4º Que el 1º de abril de 1965, o sea al día siguiente de ser liquidado por Distribuidora Aguila S. A. el señor Aguilar volvió al servicio de Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. el 1º de abril de 1967 (sic) y que allí permaneció hasta ser despedido el 8 de marzo de 1968 (Fls. 36 y 39)".

Todos los hechos enumerados antes y no solamente el correspondiente al numeral 3º, determinaron al Tribunal a declarar la unidad de empresa: son sus palabras:

"De lo anterior se puede colegir, que si no eran suficientes las pruebas aportadas al primer juicio sobre el tiempo de servicio de Aguilar en la empresa demandada, los

aportados precisamente por ésta arrojan mayor luz sobre el asunto y establece una unidad de empresa entre Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. y Distribuidora Aguila S. A...." (subraya la Sala).

Cuestión diferente es que haya destacado el ad quem uno de los elementos que establecen la unidad de empresa y hubiera dicho, continuando la oración:

"en la cual predominaba económicamente la primera en los términos que define el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965".

Cabe destacar que en el contrato escrito de trabajo celebrado por Cervecerías Barranquilla y Bolívar S. A. con el actor, en su cláusula novena, se dice que las Cervecerías "se reservan el derecho a poner al trabajador en ejercicio de labores semejantes a las actuales en empresas filiales suyas..." (Fl. 36) y que igualmente Distribuidora Aguila S. A. al recibir como asalariado a Aguilar Cabarcas, también en la cláusula 9ª del respectivo contrato, se reservó la misma facultad, pero para "poner al trabajador" en empresas productoras de los artículos que ella distribuye. (Fl. 71).

Estos documentos junto con el certificado del folio 74 fueron tenidos en cuenta por el Tribunal en la transcripción que se hizo de parte del fallo acusado.

En las anteriores circunstancias el Tribunal como ya se dejó expuesto no excluyó ninguno de los elementos establecidos por la ley para que se configure la unidad de empresa respecto a personas jurídicas.

El impugnador no demostró el cargo y por tanto éste no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de 27 de julio de 1972, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio adelantado por Medardo Aguilar Cabarcas contra "Cervecería Aguila S. A."

Sin costas por no aparecer causadas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

(Honorarios profesionales)

Planteado el cargo en la forma transcrita, carece de proposición jurídica completa, pues tratándose como se trata de un contrato de mandato, según lo calificó el Tribunal, que graduó los honorarios con base en la tarifa del Colegio de Abogados y como lo tipifica el propio demandante, es obvio que las normas principalmente violadas, si en realidad lo fueron, debieron ser las que rigen dicho contrato, sobre todo las que imponen al mandante la obligación de cubrir los honorarios pactados o los usuales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre treinta de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Bernardo Trujillo Calle, en su propio nombre, instauró demanda, repartida al Juzgado Séptimo del Circuito Laboral de Medellín, contra Virginia Castaños de Saldarriaga en busca de que se produjesen contra ésta las siguientes declaraciones:

“a) Que la señora Virginia Castaños violó el contrato de servicios profesionales, y concretamente el de mandato judicial, contenido en el documento citado en los hechos;

“b) Que el incumplimiento al contrato de mandato judicial, me ha causado perjuicios, tales como el no pago de los honorarios profesionales;

“c) Que como consecuencia de mis servicios prestados en el juicio de separación de bienes de Virginia Castaños contra John Saldarriaga Flórez tanto en el que se llevó a cabo en el año de 1967, como el que se adelantó ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín, con base en la demanda fechada el 18 de junio de 1969, me debe a título de honorarios profesionales, quinientos mil pesos (\$ 500.000.00) moneada legal, y, en subsidio, la cantidad que se-

ñalen peritos, o un perito único, designado conforme a las normas procedimentales, para esta clase de juicios, con sus intereses;

“d) Que, igualmente, Virginia Castaños de Saldarriaga me debe y está en la obligación de pagarme los perjuicios que acredite se me han causado con el incumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales;

“e) Que doña Virginia Castaños de Saldarriaga, sea condenada al pago de las costas, si se opusiere a este juicio”.

Como fundamento de las peticiones copiadas expresa los siguientes

Hechos

“1º Celebré con la señora Virginia Castaños de Saldarriaga, un contrato de servicios profesionales, por medio del cual me obligué a presentar demanda de separación de bienes contra su esposo John Saldarriaga Flórez, con una contraprestación a mi favor del diez por ciento (10%) del valor de los bienes que ella obtuviere como consecuencia de la separación, obligándose a no transigir por fuera del mandato que me otorgaba, en los términos del documento de fecha diez y nueve (19) de junio de 1969.

“2º En cumplimiento del mandato aludido, presenté demanda en juicio de separación de bienes, que es la misma que en copia ordenada por el Tribunal Superior de

Medellín, acompaño, que está fechada el 8 de junio de 1969, la que correspondió en el repartimiento al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín.

"3º Dentro del juicio desplegué singular actividad, y logré medidas preventivas sobre bienes del demandado, esposo de la demandante, que considero sobrepasan por su valor la suma de tres millones de pesos. Y consideraba, mediante gestiones diversas embargar bienes que podrían montar a diez millones de pesos moneda legal.

"4º Mi representada, Virginia Castaños de Saldarriaga, mediante el traspaso que su esposo hizo a ella de algunos bienes, desistió del juicio violando su compromiso de no transigir.

"5º Ya en año anterior, había presentado otra demanda de separación de bienes, mediante convenio de honorarios, que también transigió, también a mis espaldas, incumplíendome, como ahora, el compromiso por mis servicios profesionales.

"6º Con el incumplimiento al contrato de prestación de servicios profesionales, mediante tal mandato judicial, se me ha privado de mis honorarios, y se me han causado perjuicios de diverso orden".

La demandada respondió el libelo anterior, admitiendo haber otorgado el poder al doctor Trujillo Calle para el juicio de separación de bienes; pero agregó que le pidió que desistiera del mismo, a lo que aquél se negó "por lo cual tuve que hacerlo personalmente"; que el mandato es esencialmente revocable por el mandante; que "la cláusula prohibitoria de transacción y desistimiento también son ineficaces jurídicamente"; que "los bienes de mi esposo no alcanzan a la suma que pretende, pues varios de los bienes de propiedad de mi esposo no pertenecen a la sociedad conyugal por haber sido adquiridos por herencia"; que "el juicio de separación no tenía un fundamento firme en cuanto a la prueba aportada a mi nombre". Propuso las excepciones de "inexistencia de la obligación e ineptitud sustantiva de la demanda, por acumulación indebida de acciones, pues involucra la acción correspondiente a los honorarios profesionales y la de perjuicios, que debe seguirse por cuerda distinta a la laboral".

Tramitado el proceso en regla, lo decidió el juez del conocimiento con sentencia de 24 de enero de 1973, por la que provió:

"Se condena a la señora Virginia Castaños de Saldarriaga a pagar al señor Bernardo Trujillo Calle, la suma de cuarenta mil pesos (\$ 40.000.00) moneda legal por concepto de honorarios profesionales correspondientes al juicio de separación de bienes adelantado con base en el contrato de prestación de servicios celebrado el día 19 de junio de 1969.

"Se declara configurada la excepción de falta de jurisdicción con respecto a la petición a que se refiere el literal d) de la parte petitoria de la demanda.

"Se absuelve a la demandada de los restantes cargos de la demanda.

"Se declaran no configuradas las excepciones propuestas en la respuesta a la demanda.

"Las costas serán de cargo de la demandada en su totalidad".

Apelada esta sentencia por el actor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, confirmó la de primer grado, en fallo de 17 de marzo del año que corre, aclarado por auto de 29 del mismo en el sentido de "acceder a la adición de la sentencia en cuanto a costas, que se fijan en un mil pesos (\$ 1.000.00); y en lo demás se mantiene la providencia de 17 de los corrientes".

El demandante recurrió en casación ante esta Sala de la Corte y debidamente admitido y tramitado el recurso extraordinario, formuló la respectiva demanda, no replicada por la demandada, en la que precisa así su alcance:

"Con esta demanda se pretende que sea casada parcialmente la sentencia de segunda instancia de fecha 17 de marzo de 1973, proferida por la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario laboral del doctor Bernardo Trujillo Calle contra Virginia Castaños, en cuanto confirma la de primer grado del 24 de enero de 1973 originada en el Juzgado Séptimo del Circuito de Medellín, que reduce a cuarenta mil pesos (\$ 40.000.00) moneda legal el monto de los honorarios demandados, para que, convertida esa supe-

rioridad en Tribunal de instancia, confirme el fallo del a quo, pero modificándolo en el sentido de elevar dicha suma de acuerdo con lo solicitado en el libelo inicial del proceso o sea el diez por ciento (10%) de lo que a la demanda hubiera correspondido sobre los bienes embargados y secuestrados, de conformidad con la estimación pericial sobre la fijación de honorarios, por el trabajo realizado por dicho profesional en el proceso de separación de bienes de Virginia Castaños contra John Saldarriaga Flórez, a cuota litis, y determinada en \$ 142.000.00 moneda legal”.

Para conseguir este efecto formula los cargos que se estudian en seguida.

Dice el primero:

“Acuso la sentencia de segunda instancia, proferida por la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior de Medellín, como violatoria directamente de los artículos primero de cada uno de los Decretos 456 y 931 de 1956, al no dar aplicación a los artículos 1492, 1495, 1602, 1603 del Código Civil”.

La Sala observa

Planteado el cargo en la forma transcrita carece de proposición jurídica completa, pues tratándose como se trata de un contrato de mandato, según lo calificó el Tribunal, que graduó los honorarios con base en la tarifa del Colegio de Abogados de Medellín, y como lo tipifica el propio demandante, es obvio que las normas principalmente violadas, si en realidad lo fueron, debieron ser las que rigen dicho contrato, sobre todo las que imponen al mandante la obligación de cubrir los honorarios pactados o los usuales. La violación de la ley, por otra parte, debe corresponder a preceptos sustanciales que establezcan los derechos reclamados y las cuatro disposiciones que cita el recurrente del mencionado Código no revisten este carácter, pues la primera indica la fuente de las obligaciones, la segunda define lo que se entiende por contrato o convención, y las otras dos sientan los conocidos principios de que el contrato es ley para las partes y que su ejecución ha de hacerse de buena fe. De haber existido transgresión de estas normas, sólo pudo sucederse como medio

para el quebranto de las que regulan las obligaciones reclamadas.

Por lo tanto, no prospera el cargo.

El segundo dice:

“La sentencia viola, por infracción directa y en forma ostensible los artículos 1973, 2054, 2055, 2056, 2059, 2142, 2143, 2144 del Código Civil, y de consiguiente dejó de aplicar, tanto estas disposiciones, como los artículos 1º de cada uno de los Decretos 456 y 931 de 1956.

“En primer lugar, porque la prestación de unos servicios personales, de orden privado, se utiliza privativamente la jurisdicción de trabajo para el reconocimiento y pago de los honorarios “cualquiera que sea la relación jurídica”, no es para que se desconozca ésta, sino para que de ella se determinen las obligaciones que tal relación origine. En otras palabras si la relación jurídica fue objeto de pacto o convención, ella rige las obligaciones, cuyo reconocimiento y pago se busca al acudir a la justicia laboral.

“Y si la relación jurídica está determinada por las normas del Código Civil citadas en el encabezamiento del cargo, al dejar de aplicarse, se violan, infringen directamente, en forma innegable y ostensible, pues ellas autorizan el pacto o convención. Y aunque el mandato pueda ser gratuito o remunerado si las partes optan por determinar la paga en acuerdo de voluntades, el fallador debe aplicar esas disposiciones. Más aún, cuando los servicios profesionales o de carreras que suponen largos estudios, como la del profesional del derecho, han de sujetarse a la regulación del mandato. Y se viola el artículo 2142 del Código Civil, por cuanto que el encargo del proceso de separación de bienes, obviamente era por cuenta y riesgo de la mandante. Y de cuenta de ella son los honorarios. Y la remuneración puede ser determinada por el convenio o convención. Luego las normas que autoriza convenirlos, con fuerza de ley, dejaron de aplicarse. El Tribunal, por lo mismo, no tenía arbitrio para señalar una relación jurídica diversa, para definir una tarifa distinta de la expresamente acordada por los contratantes. La forma de remuneración por la cual ellas optaron, como ya dije, es ley para las partes, y es la indicativa para la fijación de

honorarios para el honorable Tribunal, porque a su cogimiento la lleva la ley sustantiva”.

La Sala considera

Debe ante todo advertirse que aun cuando no cita el impugnante entre las normas quebrantadas el numeral 3º del artículo 2184 del Código Civil, que es el que impone al mandante la obligación de pagar la remuneración pactada o la usual al mandatario, la que hace del artículo 2143 se admite como suficiente para integrar la proposición jurídica, puesto que establece que “la remuneración (del mandato) es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez”. Por esta razón, se estudia el cargo.

El Tribunal no fijó los honorarios del demandante con base en el contrato suscrito por él con la demandada, en virtud de estas dos consideraciones principales:

“Lo anterior no significa, sin embargo, que tales honorarios deban tasarse o regirse por el contrato anexo al de prestación de servicios profesionales; por las siguientes razones:

“a) Porque no habiéndose proferido la correspondiente sentencia, esto es, habiendo tenido el juicio un fin irregular, tampoco puede decirse con propiedad que hubiera agotado a cabalidad los términos del mandato;

“b) Porque al no haberse dictado la sentencia de separación de bienes, lógicamente tampoco hubo partición y adjudicación de parte de éstos a la demandada en el presente juicio, ni se acreditó que se hubiera dado la afirmada transacción al producirse el desistimiento, en cuya virtud se le entregaran bienes por un precio o valor determinado, del cual habría de deducirse el porcentaje estipulado en el contrato anexo a la prestación de servicios profesionales, como honorarios.

“Estas, pues, las razones para que el fallador laboral en ejercicio de la jurisdicción que se le atribuye por las normas especiales invocadas para conocer de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, desestime las estipulacio-

nes contractuales que al respecto hayan convenido las partes, y se acoja para la fijación de los mismos a los principios de orden general para su regulación. De ahí que se apliquen las tarifas del Colegio de Abogados de Medellín, debidamente aprobadas por el Ministerio de Justicia, las cuales con relación al juicio de separación de bienes se remiten a las señaladas para los juicios de sucesión, todo lo cual quiere decir que el fallo de primera instancia es acertado al respecto, y que en consecuencia se impone su confirmación”.

De los considerandos transcritos surge con claridad que el ad quem no determinó el monto de los honorarios de acuerdo con lo pactado en el contrato, porque halló que los hechos probados en el proceso no corresponden a lo estipulado en él, debido a la terminación irregular del juicio y a no haberse demostrado la transacción afirmada por el demandante en que aparecieran los bienes entregados a la demandada “por un precio o valor determinado, del cual habría de deducirse el porcentaje estipulado en el contrato...”. En estas condiciones, ni ignoró, ni restó validez a las normas señaladas en el cargo, que es en lo que consiste la infracción directa de la ley, sino que las aplicó con una base fáctica distinta: la tarifa del Colegio de Abogados de Medellín. Es decir, no desconoció los preceptos legales citados, sino los supuestos de hecho relacionados con la remuneración pactada y así es improcedente el cargo por la vía escogida.

En consecuencia, no prospera.

El tercero está formulado de esta manera:

“Acuso la sentencia como violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida o interpretación errónea, de los artículos 1º de cada uno de los Decretos 456 y 931 de 1956, al darles a ellos, y a los artículos 1494, 1495, 1602, 1973, 2054, 2056, 2059 del Código Civil un contenido diverso o una interpretación errónea”.

La Sala observa

No contiene esta censura proposición jurídica completa, pues entre las normas que indica como violadas no se encuentran las que establecen para el mandante la obligación de cubrir al mandatario los honorarios

de su gestión, objeto de este proceso, y que fueron las quebrantadas principalmente, si el Tribunal no impuso en la cuantía debida el pago de los que correspondían al actor.

Esta Sala, resumiendo su jurisprudencia al respecto, ha expresado:

"1. La norma legal de carácter sustantivo que se considera violada debe señalarse con absoluta precisión; y si el supuesto específico de hecho configurado en la demanda emana, con sus consecuencias jurídicas, de un complejo de normas, y no de una sola, el cargo no estará bien presentado si no se le formula mediante una proposición jurídica completa, entendiendo por tal la que denuncia tanto la violación de medio como la de fin; esto es, que en la censura en ningún caso debe dejar de indicarse como violados los preceptos que crean, modifican o extinguen el derecho que la sentencia declara o desconoce en contravención a ellos.

De lo contrario, el cargo queda incompleto y no permite el estudio de fondo. La violación de la ley no consiste en nada distinto del reconocimiento del derecho que la norma regula y protege en el caso específico concreto o su desconocimiento en uno en que no lo regula ni protege, de suerte que es el precepto que lo establece, modifica o extingue el que fundamentalmente debe mencionarse como vulnerado, porque es en virtud de su aplicación o inaplicación como se causa el agravio cuya rectificación se persigue en el recurso".

Por otra parte, es deber procesal del recurrente precisar el concepto de violación de la ley y no presentarlo, como lo hace en la censura, en forma disyuntiva: "aplicación indebida o interpretación errónea", pues no es dable a la Corte, de oficio, escoger por cuál de esos medios se infringieron los preceptos señalados por el impugnante. El recurso de casación, por su naturaleza, está sometido a cierto rigor formal, de que no puede prescindir el casacionista si aspira a tener éxito en sus ataques a la sentencia acusada.

El cargo, pues, no prospera.

El cuarto sostiene:

"Acusó la sentencia citada al historiar los hechos por violar la ley sustancial en forma indirecta de los artículos 2143 y 2144 del Código Civil, por error de hecho que aparece de manifiesto en los autos; por mala

apreciación: a) Del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre las partes en este proceso, y que aparece a folios 1 frente y vuelto del expediente; b) Del reconocimiento en interrogatorio de parte de la firma puesta en dicho contrato por parte de Virginia Castaños de Saldarriaga y del contenido del mismo (Fl. 21); c) Del peritaje rendido por el doctor Santiago Sabas, (Fls. 31 a 39 del expediente) fijar pericialmente el monto de los honorarios a cuota litis, sobre la base del porcentaje acordado por las partes, de lo visto pruebas en la inspección judicial pudo corresponder a la demandada, de los bienes que por suma mayor a tres millones de pesos (\$ 3.000.000.00) moneda legal se entrabó dentro del proceso de separación de bienes, inspección judicial que se llevó a cabo el 20 de octubre de 1971. Y como consecuencia de esa errada apreciación de la prueba, se violó la ley sustantiva, en sus artículos citados antes, al comienzo de la formulación de este cargo.

"Y fueron erradamente apreciadas esas pruebas, pues si bien la Sala del Tribunal aludió a esos documentos, lo hizo restándoles relevancia jurídica, o expresando que en esta clase de procesos no tienen facultad para examinar documentos contentivos de contratos por prestación de servicios personales, independientes de índole civil, o estima alcance y valor probatorio de ellas. Es que, habiéndolos considerado, aceptando que se pactó sobre prestación de servicios, como tales pruebas lo acreditan, se abstuvo de darles íntegro mérito, de derivar de ellos las obligaciones que representan para las partes, y tergiversando el sentido y alcance de esa convención y las pruebas que a ellas se refieren, desatendiendo parcialmente y el de cuanto establecen, falla aceptando que se hizo, reconociéndolas en el fondo, pero en términos discordes con esas pruebas. Y yerra el honorable Tribunal al reconocer que hubo convenio por prestación de servicios, y que de él dan fe, entre otras cosas, porque aparecen esos medios probatorios, pero agregando que sólo puede apreciar las modalidades contractuales cuando se trate de labores dependientes y no queda sometido el Tribunal a la justicia del trabajo a la mera relación procesal, que no a la relación sustancial, contenida precisamente en tales pruebas, y en las dis-

posiciones que la permiten y fijan las pautas para su cumplimiento. Y ello sin parar en mientes que los procedimientos judiciales son la vía ineludible para dar aplicación a los contratos, y a las normas sustanciales que ellos se refieren, y que establecen por las pruebas que la misma ley permite”.

La Sala considera

El casacionista no señala los errores de hecho en que incurrió el Tribunal al desestimar el contrato de mandato celebrado entre las partes, ni censura la afirmación del ad quem de que no podía tener en cuenta la estipulación contractual para la determinación de los honorarios por haber terminado el juicio en forma irregular y por no haberse aportado al proceso la transacción en que constara el precio o valor de los bienes adjudicados a la demandada, “sobre el cual fuera dable deducir el porcentaje pactado por honorarios”. El impugnante no muestra lo equivocado de estas dos razones del sentenciador, ni a ellas se refiere, por lo cual queda en firme este soporte del fallo acusado. El cargo, pues, no prospera.

El quinto asienta lo que se copia:

“La sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por errores manifiestos de hecho originados en la equivocada apreciación de: a) Del contrato de folios 1º frente y vuelto; b) De la confesión del contrato (Fl. 21); c) Del dictamen pericial (Fls. 31 a 39 del expediente), lo que llevó como consecuencia a la violación por vía directa de los artículos primero de cada uno de los Decretos 456 y 931 y de los artículos 1494, 1495, 1602, 1603, 1973, 2054, 2055, 2056, 2059, 2142, 2143, y 2144 del Código Civil.

“Los mencionados decretos dan conocimiento a la jurisdicción especial del trabajo para el reconocimiento y pago de honorarios y comisiones por servicios personales de carácter privado ‘cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen’.

“No dicen los decretos citados, en parte alguna, que para fallar en procesos por relaciones particulares el fallador deba circunscribirse solamente a la simplemente procedimental, sino que para dar rapidez y eficacia al reconocimiento y pago de hono-

rarios y remuneraciones, por tales conceptos, permite la vía laboral. Pero para hacerlos viables, dice que es posible ‘cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen’ repito, sin que pueda interpretarse, a contrario sensu, que deba desconocer, prescindir de las normas generales del derecho y menos las específicas, sino que, por el contrario, como la ley es obligatoria para el juzgador y para los particulares, unos y otros tienen que acogerse a sus dictados, deben recibir la protección que a los últimos les brinda, y ha de aplicarse, si se emplean medios de prueba idóneos para acreditar el punto de vista fáctico, la relación jurídica. Darle un contenido diverso a tales decretos implica violar la ley, y si se ha establecido, con idóneos medios probatorios, convenios bilaterales sobre remuneración por servicio profesional, las disposiciones sobre mandato, que ellas se refieren y sobre arrendamiento de obra intelectual, citadas, se vulneran indirectamente por mal interpretar una prueba, o no darle su alcance.

“Dice el fallo, refiriéndose al contrato escrito de servicios profesionales: ‘Aportó al juicio el aludido documento’, y hace referencia concreta a algunas de sus cláusulas, entre ellas a que se causan honorarios por el compromiso de atender el proceso en primera y segunda instancia y para obtener fallo favorable frase última que subraya, cuando es una consecuencia lógica del pacto a cuota litis, porque si se fallara adversamente, lógica, necesariamente, no habría derecho a exigir remuneración la más mínima. El honorario a cuota litis está condicionado a un fallo favorable, en toda época y en todas partes. Pero para que opere, quien otorga el poder tiene deberes de lealtad, que no son otros que ocurren cuando se transige o desiste, para perjudicar al apoderado, cuando ya haya trabajado, y le haya hecho con esmero, responsabilidad y dedicación. Y a fe que el fallador ad quem admite que se estableció que promovió proceso adecuado, y que se llevó a cabo hasta ponerle en condiciones de recibir sentencia de primer grado, sin que ésta se hubiera pronunciado por el ‘desistimiento de la actora sin conocimiento de aquél’.

(De su apoderado).

“Admite la ninguna responsabilidad del apoderado, pues cumplió sus compromisos

profesionales, y por ello le da derecho al pago de honorarios, pues si no se llegó a la consecuente adjudicación de bienes fue por la conducta procesal de ésta (la demandante) al desistir del juicio con violación del compromiso contraído...’ Luego tomé en cuenta el contrato, pero le apreció erróneamente a lo que predica su letra, y al que entraña su espíritu. Era para graduarse por un porcentaje, sobre el precio de los bienes sociales. Sin que valga afirmar, como lo hace el fallo a renglón seguido, que por la conducta de la ahora demandada no se agotaron en aquel otro proceso los términos del mandato. Que tampoco hubo liquidación de los bienes determinados como ganancias. Y porque la competencia para la jurisdicción laboral, no se refiere a asuntos provenientes de un contrato de trabajo, por labores dependientes, agregando, al transcribir una sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia que ‘no quedaron esos sometidos a las leyes sustantivas del trabajo dependiente sino a las que le sean propias según la naturaleza de la relación jurídica de que provengan’. Y habiendo hecho esta transcripción, no aplicó las leyes propias de la naturaleza de un contrato de arriendo por prestación de servicios, asimilado a los de mandato, para la aplicación de alguna de sus normas, o las arrendamiento de servicios.

“Es decir, que tomó como prueba el contrato (Fl. 1 Fte. y Vto.) pero violó la ley sustantiva por apreciación equivocada del mismo, de su reconocimiento, ya que no estimó su mérito probatorio adecuadamente, y por un error manifiesto, le hace producir efectos diferentes, al regular el precio de la labor profesional por una cantidad de las llamadas ‘para pago efectivo’, y sin atender el contenido contractual, de honorarios a cuota litis, sometidos a condición de terminación favorable, por fallo regular. Esto es, falla reconociendo honorarios, pero no los convenidos, sino de otra naturaleza. No da aplicación, por ende, y como consecuencia a los decretos mencionados, ni a las disposiciones del Código Civil citadas en condición de haber sido violadas. Y error, como se aprecia es manifiesto. Es un error, de los nominados ‘groseros’.

“Al afirmar que no puede aplicar las disposiciones sustantivas, porque no puede apreciar el contrato privado contraría la

jurisprudencia de la Corte, en el aparte que el mismo Tribunal cita, y que transcribe, y obviamente las disposiciones sobre apreciación de pruebas, en estos negocios, y las sustantivas, que le dan validez a la cláusula contractual”.

Se considera

La Sala ha transcrito en su integridad este ataque, para mostrar de qué manera el recurrente no prueba que en las dos razones de hecho en que apoyó el sentenciador la desestimación de la cláusula contractual sobre honorarios incurrió en ostensible error de hecho. Por el contrario, cuando aquél admite que obtener fallo favorable “es una consecuencia lógica del pacto a cuota litis porque si se fallara adversamente, lógica, necesariamente, no habría derecho a exigir remuneración la más mínima” y que “el honorario a cuota litis está condicionado a un fallo favorable, en toda época y en todas partes”, está dando la razón al Tribunal, que consideró que habiendo terminado el juicio irregularmente, por desistimiento de la actora, y no por la respectiva sentencia, los honorarios debidos no eran los pactados en proporción “de un diez por ciento del valor de los bienes que obtuviere como consecuencia de la separación”, a la que no se llegó, sino los que correspondieren a las gestiones realizadas, las que tasó con aplicación de la tarifa del Colegio de Abogados de Medellín.

Si el pacto a cuota litis, como sucede en el caso a estudio, sólo se refiere a la terminación regular del proceso, los honorarios pactados para este evento, no pueden aplicarse a un caso distinto, cual es la terminación irregular del mismo, no previsto en el contrato respectivo. En estas circunstancias, bien puede el juez condenar al pago de la remuneración usual y no de la pactada, según lo prevé el inciso 3º del artículo 2184 del Código Civil, sin incurrir en ostensible error de hecho.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

El último, expresa:

“La sentencia es violatoria de los artículos 8 y 13 de la Ley 153 de 1887, y como consecuencia se ha dado indebidamente y erróneamente interpretación a los artículos 1973, 2053, 2054, 2055, 2056 y 2059 del Código Civil lo mismo que los artículos primeros de los

Decretos 456 y 931 de 1956. Pues si estos últimos dejaron algún vacío en forma que pueda decirse que con respecto a lo fundamental que se debatió en el proceso no hay ley exactamente aplicable, esto es, que por su carácter general no previó las situaciones que se contemplan en autos, ha de aplicarse la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho, o la costumbre, a falta de legislación positiva, si ella es general, pues constituye derecho”.

Se considera

No comporta este cargo proposición jurídica completa, puesto que no cita como infringidos ninguno de los preceptos sustanciales que regulan el contrato de mandato, materia del proceso, sobre todo aque-

llos que dicen relación con la obligación del mandante de cubrir los respectivos honorarios al mandatario según se explicó anteriormente.

En consecuencia, se desecha.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Ángel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION POR MORA EN EL CASO DEL ARTICULO 1º DEL DECRETO 797 DE 1949

El artículo 1º del Decreto 797 de 1949 señala un plazo de 90 días a partir de la terminación del contrato, para que la entidad oficial pague el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos, y prescribe la indemnización moratoria a partir del vencimiento de ese plazo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral — Sección Primera. — Bogotá, noviembre ocho de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Francisco Baquero Morales, identificado con la cédula de ciudadanía número 927, expedida en Bogotá, demandó por medio de apoderado a la Empresa de Licores de Cundinamarca para que fuera condenada a pagarle prima de Navidad correspondiente al año de 1969, lucro cesante constituido por los salarios del tiempo faltante para completarse el presuntivo laboral, y la indemnización moratoria.

El apoderado de Baquero presentó los siguientes

Hechos

“1º Mi poderdante prestó sus servicios a la Empresa de Licores de Cundinamarca, mediante contrato verbal de trabajo, desde el 18 de septiembre de 1968 hasta el 25 de abril de 1969, con el cargo de proveedor general, de dicha empresa.

“2º Mi poderdante fue despedido en forma unilateral e injusta por medio de la Resolución número 00225 de marzo 28 de 1969, a partir del 1º de abril del citado año, pero continuó prestando sus servicios hasta el día 25 del mismo mes y año.

“3º Mi poderdante no ha recibido la prima de servicios proporcional al tiempo trabajado durante el año de 1969.

“4º Mi poderdante no ha recibido, hasta la fecha, los salarios correspondientes al tiempo faltante para completar su presuntivo laboral.

“5º Mi poderdante devengaba al momento de su despido una asignación de \$ 4.100 mensuales.

“6º Mi poderdante, mediante el suscrito apoderado presentó demanda gubernativa dirigida al señor Gerente de la Empresa de Licores de Cundinamarca, de fecha junio 24 de 1971, sin que hasta el momento se haya obtenido respuesta alguna.

“7º Mi poderdante agotó la vía gubernativa, ya que ha transcurrido más de un mes desde el 2 de junio de 1971, en que fue presentada la demanda sin que se haya obtenido pronunciamiento hasta el momento”.

El apoderado de la demandada aceptó el hecho primero sobre tiempo trabajado, no admitió los restantes, afirmó que se le habían liquidado la prima de Navidad y el lucro cesante reclamados, con salario de \$ 4.400.61, se opuso a todas las pretensiones del actor y propuso excepciones de inepta demanda, carencia de acción e inexistencia de la obligación.

La Juez Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 23 de enero de 1973, condenó a la Empresa de Licores de Cundinamarca a pagar a Francisco Baquero Morales \$ 204.43 por concepto de prima de Navidad, \$ 14.352.78 por concepto de lucro cesante y \$ 146.68 diarios desde el 19 de agosto de 1969 hasta la fecha en que se paguen la prima de Navidad y el lucro cesante; y el 80% de las costas; de-

claró parcialmente demostrada la excepción de pago y no demostradas las demás excepciones propuestas. Apeló de dicha providencia el apoderado de la demandada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 30 de abril de 1973, confirmó el fallo del a quo e impuso las costas de segunda instancia al apelante. El apoderado de la Empresa de Licores de Cundinamarca interpuso contra la sentencia de segunda instancia, el recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso

Con base en la causal primera de casación consagrada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, se formula un solo cargo que se estudiará junto con el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Dice el censor:

"Se pretende con el recurso extraordinario de casación que la Sala de Casación Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia, case parcialmente la sentencia, y, convertida en tribunal de instancia revoque la sentencia de primer grado, en el literal c) del numeral 1º y en su lugar declare que no hay lugar a la indemnización moratoria, por haber obrado la empresa de buena fe en el pago de lo que debía, y se absuelva en este respecto la pretensión del libelo original".

El cargo

Se acusa falta de aplicación de los artículos 55 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, y consecuentemente, por aplicación indebida de los artículos 2º, 4º y 51 del Decreto 2127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949. Tales violaciones se hacen derivar de error de hecho consistente en que el sentenciador no dio por demostrado, estándolo, que la demandada obró de buena fe al pagar la suma que confesó deber y que el actor aceptó.

Como pruebas no apreciadas se indicaron los documentos de los folios 13 a 18 y 29 a 30 del primer cuaderno.

El impugnador afirma que con tales documentos se demuestra que la demandada liquidó y pagó al trabajador lo que confesaba deber en cuanto a cesantía, prima de servicios, vacaciones, bonificaciones convencionales e indemnización por despido; considera que pagar lo que se cree deber es obrar de buena fe; alega que el reconocimiento de la excepción de pago parcial indica buena fe; advierte que el ad quem aplicó indebidamente los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, 51 del Decreto 2127 del mismo año, y 1º del Decreto 797 de 1949, por el error de hecho indicado; analiza el contenido de los artículos 55 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y termina con transcripción de jurisprudencia sobre la noción de buena fe.

El opositor reclama que el recurrente no hubiera manifestado si a la violación se llegó por infracción directa o indirecta de la ley sustancial, y que se hubieran acumulado en un solo cargo violaciones por aplicación indebida, falta de aplicación y falta de apreciación; agrega que los documentos señalados como no apreciados por el sentenciador, sí fueron considerados en el fallo; advierte que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no es aplicable al caso por tratarse de un trabajador oficial, cuyas relaciones laborales se rigen por leyes especiales; estima que en la sentencia hubo aplicación correcta de las normas citadas en el cargo; considera que la indemnización moratoria fue liquidada en forma equivocada y a sabiendas, porque en alegato de instancia el apoderado de la empresa refiere que la entidad ya fue condenada en otros casos por la misma errada liquidación; recuerda que jurisprudencialmente se ha dicho que no cualquier consignación libera de la mora, sino la que guarde proporción con lo debido; y termina manifestando que no se cometió el error acusado.

Se observa

Cuando el recurrente acusa violación de la ley sustancial por aplicación indebida a través de error de hecho, está indicando que la violación es indirecta. La falta de apreciación de las pruebas no es un concepto de la violación, sino una manera de producir el error de hecho que conduce a la aplicación indebida de las normas. En

el cargo se habla de falta de aplicación de unas normas y de aplicación indebida de otras, por lo cual no se ha incurrido en la falta de técnica que proviene de la acumulación de varios conceptos de la violación, pues ese defecto solamente ocurre cuando se predicen simultáneamente violaciones diversas de unos mismos preceptos. Por estos aspectos no tiene razón el opositor, como si la tiene en cuanto a que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no se aplica a las relaciones de la administración con sus servidores.

Se considera

La acusada falta de aplicación de los artículos 55 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no constituye en este caso violación de la ley, pues tales preceptos no gobiernan las relaciones entre la administración y sus servidores, por lo cual no es en este caso aplicable lo dispuesto por esas normas, y su falta de aplicación no constituye una infracción de la ley.

Los documentos que se dicen dejados de apreciar, fueron considerados como lo afirma el opositor, pero para producir las condenas de prima de servicios y de lucro cesante, pero no fueron tenidos en cuenta en la forma propuesta por el recurrente. Sin embargo, su estimación para los efectos de la indemnización por falta de pago, tampoco lleva a la conclusión del impugnador.

En los citados documentos se encuentra la liquidación del lucro cesante con base en la indemnización por despido que consagra el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, pero no en la determinada por el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945. Esta diferencia fue la que produjo una indemnización equivalente a una cuarta parte de la debida.

La aplicación de una regulación propia de las relaciones laborales particulares a una situación de trabajador oficial que no se discute es un error que no puede justificarse legalmente, ya que obedece a ignorancia de la ley, lo cual no sirve de excusa, o a violación de ella, que no puede entenderse como una conducta que obedezca a buena fe.

El no haber liquidado la indemnización por despido con arreglo al precepto 51 del Decreto 2127 de 1945, sino de acuerdo con

el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, con resultado de valor muy inferior, no puede atribuirse a razón atendible alguna, pues la no aplicación por el patrono, de la ley que regula los derechos laborales correspondientes, no puede tener excusa alguna.

El artículo 1º del Decreto 797 de 1949 señala un plazo de 90 días a partir de la terminación del contrato, para que la entidad oficial pague el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos, y prescribe la indemnización moratoria a partir del vencimiento de ese plazo. En el entendimiento literal del precepto no cabe el concepto de mala fe para su aplicación, sino que la interpretación jurisprudencial ha dicho que debe eximirse de la sanción moratoria en los casos en que el patrono haya tenido razones atendibles para no efectuar el pago de lo debido. Pero es imposible tener como razón atendible el haber liquidado la indemnización por despido en forma contraria o distinta a la prescrita por la ley que el patrono oficial no podía desconocer o ignorar.

Además, la sentencia acusada confirmó la condenación por prima, sin que el recurrente hubiese atacado en casación tal condenación, ni explicado la razón atendible por no haberla pagado en forma completa, y que da también base a la indemnización por falta de pago, y hace procedente la sanción correspondiente.

También debe anotarse que el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 exige después del plazo el pago de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos, por lo que el pago parcial no libera de la indemnización moratoria sino en los casos en que haya motivos para que el patrono haya podido entender de buena fe que no debía sino el valor pagado o consignado. Pero el simple pago parcial sin la justificación anotada, hace que legalmente se imponga la indemnización por mora. Como no se demostró esa situación eximente, no puede prosperar el cargo.

Por tales razones es imposible aceptar que hubo error evidente de hecho en la sentencia recurrida, por no haber considerado que hubo buena fe al liquidar la indemnización por despido en forma diferente a la prescrita por el texto legal correspondiente.

En consecuencia, 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 de treinta de abril de mil novecientos setenta y tres, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Francisco Baquero Morales contra la Empresa de Licores de Cundinamarca.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

*Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides
Patrón, Jorge Gaviria Salazar.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



CAUSALES DE TERMINACION DE LOS CONTRATOS

Hay ciertas causales de terminación de los contratos de trabajo que deben examinarse objetivamente por el juez. — El juzgador debe limitarse a analizar los hechos y encajarlos dentro de las causales señaladas en la ley, sin tener en cuenta la calificación que a ellos les den las partes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., trece de diciembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Héctor Darío Gómez Calderón, en escrito “coadyuvado” por su apoderado judicial, demandó a “Papeles Scott de Colombia S. A.” compañía domiciliada en Medellín, para que se la condenara a pagarle lo siguiente: “A. Indemnización por despido injusto; B. Comisiones pendientes de pago por las ventas cumplidas durante los 13 primeros días del mes de enero de 1971; C. Descansos remunerados, dominicales y festivos, con base en los promedios de comisiones por mí devengado en cada una de las semanas respectivas; D. Reajuste en la liquidación de primas de servicio, cesantías y vacaciones con base en las peticiones de los literales B y C, y con base en un sueldo anual reconocido por la empresa en forma habitual como bonificación; E. La suma de \$ 1.000.00 descontados de la liquidación final, sin causa; F. Indemnización por falta de pago, y G. Gastos y costas del juicio”.

Los hechos de la demanda relatan que Héctor Darío Gómez Calderón ingresó al servicio de Papeles Scott de Colombia S. A. el 6 de julio de 1965 como agente vendedor en la ciudad de Cali, habiendo sido trasladado el 30 de septiembre de 1969 al cargo de Jefe del Distrito Occidental, dependiente del Departamento de Ventas; el 13 de enero de 1971 recibió la comunicación 009 proce-

dente de la División de Relaciones Industriales, en la que se le hizo saber que en esa fecha quedaba cancelado su contrato de trabajo, esgrimiendo la empresa una causal que no puede justificar su despido. El patrono demandado no le cubrió a Gómez Calderón el valor de las comisiones correspondientes a los 13 días del mes de enero, ni el valor de los descansos dominicales y festivos con base en las comisiones devengadas; ni tuvo en cuenta para liquidar las prestaciones la bonificación equivalente a un sueldo que la empresa paga a todo el personal de trabajadores. Además, de la liquidación final de sus prestaciones le dedujeron la suma de mil pesos (\$ 1.000.00) en forma ilegal.

Papeles Scott de Colombia S. A. al contestar la demanda por medio de apoderado judicial aceptó unos hechos y negó otros, oponiéndose a las peticiones.

Cumplido el trámite de la primera instancia el juez del conocimiento, que lo fue el Sexto Laboral del Circuito de Medellín, desató la litis mediante sentencia dictada el diez y nueve de junio de mil novecientos setenta y dos, en cuya parte resolutive condenó a Papeles Scott S. A. a pagar a Héctor Darío Gómez C. lo siguiente: “a) Cincuenta y cinco mil doscientos cinco pesos con veinticinco centavos (\$ 55.205.25) moneda legal como indemnización por despido sin justa causa; b) Dos mil setecientos cincuenta y nueve pesos con setenta y dos centavos (\$ 2.759.72) moneda legal como reajuste del auxilio de cesantía; c) Mil trescientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos (\$ 1.366.66) moneda legal como reajuste de primas de servicio; d) Seis-

cientos ochenta y tres pesos con treinta y tres centavos (\$ 683.33) moneda legal como reajuste de vacaciones; e) Mil pesos (\$ 1.000.00) moneda legal retenidos en liquidación final de prestaciones. Se absuelve de los demás cargos de la demanda. Se condena en costas al demandado". En providencia de junio veintidós el juzgado aclaró la sentencia "en el sentido de que el 25% de las condenas en ella decididas es a favor de la señora Aura Marina Gaviria de Gómez, conforme al oficio número 266 de abril 13 de 1972 proveniente del Juzgado 2º Civil de Menores de la ciudad de Cali".

Apelaron los apoderados de ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, decidió el doble recurso en sentencia de nueve de abril de mil novecientos setenta y tres, que confirmó el fallo de primer grado, menos en cuanto a la condena por indemnización por despido injusto que revocó, y en su lugar absolvió a la demandada por ese concepto, y en cuanto a las costas del juicio, que redujo al 50%.

Interpuso el recurso de casación la parte demandante. Concedido por el Tribunal Superior y posteriormente admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá a continuación, previo el estudio de la demanda extraordinaria y de la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación

La formula así el recurrente: "Pretendo el quebrantamiento parcial del fallo recurrido en cuanto absuelve a la parte demandada de la indemnización por despido injusto y reduce las costas al 50% para que, convertida esa superioridad en tribunal de instancia, confirme en todas sus partes la sentencia del juzgado".

Con fundamento en la causal primera de casación formula el siguiente

Cargo único

"Acuso la sentencia de segunda instancia de ser violatoria por aplicación indebida del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, literal a), numerales 6º y 8º en concordancia con los artículos 58, numeral 2º, y 55 del Código Sustantivo del Trabajo, y

el artículo 8º del citado Decreto 2351 de 1965, en relación con los artículos 1º y 3º de la Ley 48 de 1968, violaciones en que incurrió el fallador por vía indirecta como consecuencia de errores manifiestos de hecho por equivocada apreciación de los siguientes documentos: a) Nota de despido (Fls. 10 y 19); b) Informes del demandante a la Junta Directiva de la empresa (Fls. 29 a 38), y c) Declaración del demandante (Fls. 66 vto.)

Los errores de hecho consistieron en:

1º Considerar que fue 'tortícera, maliciosa y mal intencionada' la forma como procedió mi mandante al delatar ante la Junta Directiva irregularidades observadas en la marcha de la empresa. 2º Dar por demostrado, sin estarlo, que en los memorandos enviados a los miembros de la Junta Directiva de la empresa, mi mandante fue desleal y abusó de la buena fe de su jefe inmediato y del señor gerente, personas a quienes correspondía conocer en primer término —según la carta de despido— los criterios expuestos en tales memorandos. 3º Admitir, de acuerdo con la nota de despido, que esos memorandos crearon en la empresa un clima de desconfianza y perjudicaron en alto grado sus intereses. 4º Considerar de acuerdo con la carta de despido, que Héctor Darío Gómez, como trabajador de la compañía y con perjuicio de ésta, dio a conocer asuntos de carácter reservado. 5º Entender que la conducta del actor en este caso 'resulta infidente con los subalternos y significa jugar a la traición con los superiores inmediatos'. 6º Considerar que mi mandante 'quebrantó el principio de la buena fe en la ejecución del contrato de trabajo, con incumplimiento de su deber de fidelidad hacia su superior'. 7º Juzgar que hubo justa causa para despedir al señor Héctor Darío Gómez.

Incidencia

Como consecuencia de los errores señalados, el ad quem aplicó indebidamente las disposiciones legales indicadas en el cargo y modificó el fallo de primer grado respecto al pago de la indemnización por despido injusto, punto en el cual absolvió, y de no haber sido por esos errores, originados

en la equivocada apreciación de los documentos ya puntualizados, hubiera considerado que no había justa causa para el despido del señor Gómez Calderón, y de consiguiente, hubiera confirmado también por ese aspecto la providencia del a quo.

Demostración

La sociedad demandada, en párrafo de la carta de despido que el Tribunal transcribe en la motivación de la sentencia, dice: "Sus memorandos enviados a los miembros de la Junta Directiva no consideraron las normas de la lealtad, ni tampoco las administrativas de que hicimos mención antes. En consecuencia usted abusó de la buena fe de su jefe inmediato y del señor gerente, personas a las que en primerísimo término correspondía por razones obvias además de los antes citados, conocer los criterios expuestos por usted equivocadamente o no en sus escritos; creemos sinceramente que el clima de desconfianza que usted con sus memorandos ha contribuido a crear dentro de la empresa no beneficia en ninguna forma a ésta, y por el contrario sí la perjudica en alto grado. Este tipo de problemas, repetimos, ha debido ser tratado en su real y concreta significación con ánimo sereno y franco, dentro de la discreción que su menor o mayor gravedad requería. No era necesario exponer con ánimo disolvente ante los señores miembros de la Junta Directiva problemas de orden interno cuyo tratamiento y resolución tienen canales preestablecidos dentro de la estructura administrativa de la empresa".

"... Creemos pues que usted dio a conocer asuntos de la empresa de carácter reservado e interno, que tenían un orden y un procedimiento de forzoso seguimiento, cuyo trámite y solución no requerían de divulgación no solamente por su naturaleza, sino por involucrar también personas, hechos y situaciones que como usted bien comprende conducirían inevitablemente a un ambiente de desconfianza, emocionalidad, y reserva que perturbaría las relaciones de trabajo en el sentido de respeto, lealtad y apoyo dentro de la empresa. Si a todo esto agregamos los antecedentes de dificultades suyas en las relaciones de trabajo, tendremos que concluir que su presencia en la compañía estaría sometida a mortifica-

ciones y dificultades que agravarían el perjuicio ya padecido por causa suya".

"En los apartes anteriores no se encuentra acto alguno del trabajador que pueda redundar en perjuicio de los intereses de la empresa; que implique una conducta desleal para con sus inmediatos superiores o que delate el propósito de llevar a la Junta Directiva, con 'ánimo disolvente' problemas de orden interno.

La Junta Directiva es uno de los órganos más importantes dentro de la administración de una empresa y el éxito de su gestión depende en gran manera del conocimiento que tenga acerca de los problemas que afectan el giro ordinario de la explotación y del poder de solución de esos problemas. De ahí que no pueda decirse con razón valedera en este caso, que mi mandante haya faltado al espíritu de honor y fidelidad en sus obligaciones contractuales por el hecho de haber llevado directamente a la Junta Directiva el informe de anomalías que él consideró perjudiciales para los intereses de la empresa.

Ahora bien: si se analizan los hechos que concretamente fueron denunciados, resulta fácil inferir que Gómez no obró con el propósito de disolver sino dentro de un espíritu de colaboración y de lealtad.

Dice el fallo que se revisa:

"Los mencionados informes dados a conocer por el demandante a los miembros de la Junta Directiva de la empresa se encuentran, en copia, de folios 29 a 38 y su atenta lectura permite distinguir las muy variadas cuestiones a que se refieren pero con la circunstancia especial de que si son notoriamente de carácter interno, casi doméstico podría decirse, en relación a la empresa. Una ojeada o un recorrido a grandes pasos sobre su contenido, sería bastante para corroborar este aserto. El primero de ellos (Fl. 29) hace referencia a la pérdida de tiempo de un camión, que ocasiona perjuicios a la sociedad. El segundo habla de las llegadas tarde de un empleado (Fl. 30). El tercero contiene las observaciones correspondientes a una visita practicada a las sucursales de la Costa Atlántica, Barranquilla, Santa Marta y Cartagena, (Fls. 32 y ss.) y en él se hacen graves cargos a algunas personas al servicio de la empresa, sobre el manejo de sus asuntos, con examen, inclusive, de la situación eco-

nómica personal y hogareña de uno de ellos, y de sus relaciones familiares (y conyugales concretamente). Otro de tales informes se dirige a 'Señores Scott de Colombia S. A.' y en él formula observaciones sobre algunos gastos en llamadas telefónicas, y en actos de publicidad, se critica la disminución de las ventas y algunos detalles como el de un pequeño encargo hecho a un empleado de Barranquilla por un ex-empleado de la sociedad, rotulando sus observaciones como de 'política económica', 'política de ventas', etc.

"Y todos estos informes contienen al final la advertencia de que se dirigen en copias al Gerente General y a los socios colombianos de la Compañía, fuera de su propio destinatario."

Distinto sería el caso si fueran mentirosos los hechos referidos. Si la intención del trabajador hubiera sido la de difundir calumnias, pues en tal supuesto su conducta implicaría un daño, no sólo moral, sino material para sus compañeros de trabajo, pero especialmente para los superiores inmediatos. Mas no fue así. Ni en la carta de despido, ni en documento alguno se ha tratado de desmentirlo. Se le censura el procedimiento y se le hace arbitrariamente el cargo de desleal. Pero no se niega la verdad de los hechos denunciados.

Los testigos Roberto Duque (Fl. 44), José Horacio López (Fl. 52), Rocío Díaz (Fls. 58 a 61) y los interrogatorios de parte, elementos probatorios que también cita la sentencia impugnada, hablan de los memorandos enviados a la Junta Directiva; del señor Horacio López y del doctor Sergio Restrepo Londoño como jefes inmediatos del actor a quienes éste, por costumbre, enviaba los informes, y de la jerarquización de la empresa. Es decir, que esos testigos y esa declaración de parte, estimados también equivocadamente, están demostrando los mismos hechos a que aluden los otros elementos de juicio señalados en la censura como mal apreciados por el fallador:

No se niega que ésta, como toda empresa, sea un organismo jerarquizado, a base de coordinación entre las partes y subordinación de los inferiores a los superiores en el orden técnico y administrativo, requisitos sin los cuales resultaría imposible organizar cualquiera explotación comer-

cial o industrial con fines lucrativos. Pero esa prueba ni aisladamente considerada ni en su conjunto, sirve para imputarle al trabajador el cargo de haber procedido de mala fe, con injuria grave contra los intereses de la empresa. Si como lo entiende la empresa, lo correcto hubiera sido denunciar los hechos en primer término ante sus inmediatos superiores en vez de hacerlo ante la Junta Directiva, esto implicaría un asunto de procedimiento, pero no un acto de deslealtad que justifique el despido. Todo lo contrario, es el cumplimiento de una de las obligaciones especiales del trabajador entre las cuales está la que contempla el numeral 5º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, que reza: "Comunicar oportunamente al patrono las observaciones que estime conducentes a evitar daños y perjuicios".

Estima el opositor que el Tribunal Superior para tomar su decisión se apoyó principalmente en los testimonios de Roberto Duque (folios 44 a 45), José Horacio López (folios 52 a 57), Rocío Díaz (folios 58 a 61) y los interrogatorios de las partes (folios 65 a 67), que el recurrente no acusa como mal apreciados, lo que ha debido hacer de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, omisión que a su juicio es suficiente para rechazar el cargo y no casar la sentencia recurrida. Agrega, además, que el fallador de segunda instancia apreció correctamente las pruebas señaladas por el casacionista como erróneamente apreciadas, pues de su análisis se desprende que existió la justa causa invocada en la carta de despido.

Se considera

En relación con la crítica del opositor sobre la omisión del recurrente en censurar la apreciación de los testimonios de Roberto Duque, José Horacio López y Rocío Díaz, es de observar que el impugnador se refiere a ellos en el cuerpo de la acusación cuando dice: "Los testigos Roberto Duque (Fl. 44), José Horacio López (Fl. 52), Rocío Díaz (Fls. 58 a 61) y los interrogatorios de parte, elementos probatorios que también cita la sentencia impugnada, hablan de los memorandos enviados a la Junta Directiva; del señor Horacio López y del doctor Sergio Restrepo Londoño como jefes inmedia-

tos del actor a quienes éste, por costumbre, enviaba los informes, y de la jerarquización de la empresa. Es decir, que esos testigos y esa declaración de parte, estimadas también equivocadamente, están demostrando los mismos hechos a que aluden los otros elementos de juicio señalados en la censura como mal apreciados por el fallador". Si estos testimonios fueron mal apreciados es cuestión que la Corte estudiará si surge error de hecho de la errónea apreciación de las pruebas a que se refiere el artículo 7º de la Ley 68 de 1969, conforme a la jurisprudencia de esta Sala de Casación Laboral.

El fallador de segunda instancia fundamenta su decisión respecto a la existencia de una justa causa para que el patrono diera por terminado unilateralmente el contrato de trabajo en una serie de manifestaciones hechas por el demandante en informes enviados a la Junta Directiva y a los socios colombianos de la sociedad demandada, pues considera que "llevar esos cargos personales, esas irregularidades en la marcha de la empresa, esas situaciones internas anormales o defectuosas o quizás ilícitas, a conocimiento de la Junta Directiva por conducto de los socios colombianos, como se estableció que lo hizo el demandante, equivale a delatar todo aquello a quienes tienen otras funciones más elevadas que cumplir en la empresa y nada que hacer para solucionarlas, existiendo, como tenía que existir allí una jerarquía administrativa con atribuciones específicas para procurar esas investigaciones y las respectivas soluciones. Tal conducta del actor resulta infidente con los subalternos y significa jugar a la traición con los superiores inmediatos e intermedios ya que indudablemente ese procedimiento tenía por qué crear un clima de señalada desconfianza, de sospecha cuando menos, sobre la manera como se estaban llevando o manejando los intereses y procurando los objetivos de la empresa, y debió alertar a los miembros de la junta aun sobre una posible complicidad, por activa o por pasiva, de algunos directivos en el desempeño y desgobernio presentados en los informes".

Esas manifestaciones están relacionadas en la parte del fallo transcrito en el cargo y serán analizadas por la Sala para

averiguar si en realidad configuran una justa causal de despido.

Referencia a la pérdida de tiempo de un camión, que ocasiona perjuicios a la sociedad (folio 29). Informó el demandante así: "Por el presente me permito comunicarle, que el sábado 12 de los corrientes, el camión de Heliodoro, hizo un solo viaje, de la fábrica a las oficinas del centro. Le pregunto a Manuel Cano el por qué, y me contestó que primero planearon el cargue de cuatro camiones, para despachos fuera de Medellín. Como es el caso de que la hora-camión (Heliodoro) tiene un costo aproximado de \$ 45.00 moneda corriente, Scott le sabría agradecer, se le dé prioridad al vehículo, motivo de la presente". No se encuentra aquí infidencia alguna, sino una observación sobre cómo debe utilizarse un vehículo para mayor beneficio de la empresa.

Llegadas tarde de un empleado (folio 30). En nota dirigida al señor Edgar Quedo Gaitán le dice: "Este memo trata sobre el trabajo de y para los días sábados. Ocurre que van unos 2/3 sábados, que estamos trabajando hasta las 2 de la tarde, en las oficinas del centro. Muchos de los empleados Scott, trabajamos de noche, días de fiesta, etc. Pero a este trabajo de los sábados que me estoy refiriendo, no estoy muy dispuesto a jalarle. ¿Por qué...? Porque lo está causando las llegadas tarde de don Edgar". Es una observación que se hace un empleado que por sus retardos obliga a trabajar los sábados hasta las dos de la tarde, no se ve que exista infidencia o traición en esta protesta de quien se ve obligado a trabajar más horas por culpa de un empleado.

Observaciones a una visita practicada a las sucursales de la Costa Atlántica (folios 32 y siguientes). En este informe el señor Héctor Darío Gómez hace observaciones sobre incumplimiento de un empleado para rendir informes; la desmoralización de los vendedores, la dotación de las oficinas; el acondicionamiento irregular de un vehículo repartidor; la compra de un establecimiento de comercio por un distribuidor, por lo cual tiene menos tiempo para atender todas las líneas de venta; la situación económica de un agente de empresa, que lo obliga a dar a crédito la mercancía para obtener comisiones, pues la remuneración

fija no es suficiente para sus necesidades; la desorganización en conceder créditos; cambio de cheques girados por empleados; la separación de un empleado de su esposa, por lo cual recomienda estudiar su solicitud de préstamos para vivienda, y sobre otras irregularidades que considera lesivas para la buena marcha de la empresa. La prolijidad en los detalles de que hace uso en este informe, no puede tomarse como una actitud torticera, maliciosa y mal intencionada, que es así como califica el Tribunal Superior la conducta de Héctor Darío Gómez, pues todas sus observaciones se fundamentan en hechos cuya veracidad no ha sido desvirtuada y tiene por finalidad el mejoramiento de los negocios de la empresa.

Refiriéndose a otro informe, presumiblemente el que obra a folio 36, el fallador de segunda instancia relaciona las observaciones sobre algunos gastos en llamadas telefónicas, actos de publicidad, disminución de las ventas, un encargo hecho a un empleado de Barranquilla por un ex-empleado de la sociedad, observaciones que el demandante rotula como de "Política Económica", "Política de Ventas", etc. No encuentra esta Sala de la Corte que este informe contenga expresiones maliciosas, pues ellas indican una crítica a ciertas actuaciones de algunos funcionarios de la empresa, y el exagerado celo que demuestra en la fiscalización, no constituye revelación de secretos profesionales o técnicos o de asuntos de carácter reservado, por otra parte, no se comunicaron a terceros, sino a los directivos de la sociedad demandada y a algunos de sus socios.

Cierto que el demandante utiliza frases pintorescas como "Estas líneas las escribe y envía: El graduado en la Universidad de la vida (24 años-5 y ½ en Scott). El único vendedor Campeón Estrella hasta la fecha, en Scott Col. La máxima autoridad actual en Colombia, en el mercadeo de papeles Higiénicos. La persona más mencionada en Scott, por defenderla. Soy una parte vital en la organización Scott. La defenderé a sangre y fuego". Pero estas manifestaciones sólo indican un especial temperamento, y no intención de causar daño.

Afirma el Tribunal Superior que la conducta del actor "resulta infidente con los subalternos y significa jugar a la traición

con los superiores inmediatos e intermedios ya que indudablemente ese procedimiento tenía por qué crear un clima de señalada desconfianza, de sospecha cuando menos, sobre la manera como se estaban llevando o manejando los intereses y procurando los objetivos de la empresa, y debió alertar a los miembros de la junta aun sobre una posible complicidad, por activa o por pasiva, de algunos directivos en el desempeño y desgobiernos presentados en los informes". Ahora bien: la revelación a los directivos y socios de una empresa de irregularidades en el desempeño de las funciones de algunos empleados puede conducir a esas enojosas situaciones a que alude el fallador de segunda instancia. Pero si eso fuera motivo para dar por terminado el contrato de trabajo, ningún trabajador cumpliría la obligación 5ª del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo cuando los perjuicios puedan provenir de la actividad de otros trabajadores, obligación que, por otra parte, se "le exige al trabajador en virtud de la fidelidad que le debe al patrono".

El error de hecho evidente surge de las pruebas documentales cuya errónea apreciación censura el recurrente. Cuanto a los testimonios de José Horacio López López, Rocío Díaz Restrepo y Roberto Duque, los declarantes emiten opiniones y califican los hechos, justificando la terminación unilateral del contrato de trabajo, por parte de la empresa, con apreciaciones que acoge el fallador de segunda instancia, y que se ha visto, carecen de fundamento. Cuanto a que los informes no eran dirigidos al inmediato superior, tal anomalía por sí sola no constituye causal de terminación del contrato, y el hecho de que fueran presentados por el demandante cuando iba a salir de vacaciones, no indica tampoco mala fe.

Hay ciertas causales de terminación de los contratos de trabajo que deben examinarse objetivamente por el juez. En el caso en estudio las directivas de la sociedad demandada calificaron como censurable, la actitud de Héctor Darío Gómez, quien subjetivamente consideraba que obraba de buena fe. El juzgador debe limitarse a analizar los hechos y encajarlos dentro de las causales señaladas en la ley, sin tener en

cuenta la calificación que a ellas les den las partes.

No estando acreditada la existencia de una justa causa para que la sociedad demandada diese por terminado el contrato de trabajo con Héctor Darío Gómez, el cargo prospera al demostrarse que el Tribunal Superior incurrió en el error de hecho, de no dar por probada que no existía una justa causa de despido, violando el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965. En consecuencia se casará el fallo en cuanto revocó la condena impuesta por indemnización por despido injusto y absolvió de dicha petición a la sociedad demandada. La decisión de instancia se tomará de acuerdo con las siguientes

Consideraciones

No habiéndose probado que la terminación del contrato de trabajo se debió a justa causa, el trabajador demandante tiene derecho a la indemnización consagrada en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 por terminación unilateral sin justa causa del vínculo contractual a término indefinido.

En la contestación de la demanda se aceptó que Héctor Darío Gómez comenzó a prestar sus servicios a Papeles Scott de Colombia S. A. el 6 de julio de 1965 y que fue despedido el 13 de enero de 1971, contestación a los hechos 1º y 3º, lo que está corroborando por el ejemplar del contrato de trabajo que obra a folios 25, 26 y 27, y la carta de despido, folios 19, 20 y 21. Es decir que prestó sus servicios durante 5 años, 6 meses y 7 días. La indemnización que le corresponde es la prevista en el numeral 4, apartes a) y c), del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, o sea 45 días de salario por el primer año, más 20 días de salario por cada año y fracción que excede al primero. Se aplicará también la indemnización completa por no haber demostrado el patrono que su capital fuese inferior a \$ 3.500.000.00. (Numeral 6º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 y artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo).

Cuanto al salario, se tomará el de \$ 334.26 diarios que la empresa demandada obtuvo para liquidar las vacaciones proporcionales correspondientes al lapso comprendido entre el 6 de julio de 1970 a enero 13 de 1971, como aparece en el documento que obra a

folio 23, acompañado a la contestación de la demanda, pues no existe otra prueba sobre el último salario devengado, que es el que debe tenerse en cuenta tanto para liquidar las vacaciones no disfrutadas, inciso 3º del artículo 14 del Decreto 2351 de 1965, como la indemnización por despido, según la jurisprudencia. El salario promedio de lo devengado en el último año de servicios, que fue el acogido por el juez de primer grado, es el apropiado para liquidar el auxilio de cesantía, mas no esta indemnización.

Con estas bases la liquidación de la indemnización por despido es la siguiente:

Por el primer año, 45 días a	
\$ 334.26 por día	\$ 15.041.70
Por cuatro años adicionales,	
20 días por cada año, 80x334.26	26.740.80
Por fracción de seis meses	
siete días, 20 días por año,	
187 x 334.26 x 20	
	3.472.69
360	

Total de la indemnización . . 45.255.19

El valor de la indemnización es de cuarenta y cinco mil doscientos cincuenta y cinco pesos con 19/100 (\$ 45.255.19), se modificará en consecuencia la cuantía de la condena fijada por el juez de primera instancia en cincuenta y cinco mil doscientos cinco pesos con 26/100 para ajustarla al guarismo obtenido por esta Sala.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida dictada el nueve de abril de mil novecientos setenta y tres por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en cuanto modificó la sentencia de primer grado en lo relativo a la obligación de pagar una suma como indemnización por despido injusto, que revocó, y absolvió a la demandada de dicha obligación, y en sede de instancia modifica el aparte a) de la parte resolutive del fallo de primer grado, en el sentido de fijar la cantidad de cuarenta y cinco mil doscientos cincuenta y cinco pesos con 19/100 (\$ 45.255.19) como valor de la condena por indemnización por despido sin justa causa.

Sin costas en el recurso.

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

José Eduardo Gnecco C., José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel Garcia B.

Vicente Mejia Osorio, Secretario.

SENTENCIAS NO PUBLICADAS

SALA DE CASACION CIVIL

REVISION. — Este recurso extraordinario sólo procede contra las sentencias ejecutoriadas. — Auto de 5 de julio de 1973. Resuelve no admitir la demanda de revisión interpuesta por Juan Heriberto Hurtado y otros contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja, de fecha 8 de febrero de 1972. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. — Providencia de 10 de julio de 1973. Decide el conflicto de competencia suscitado entre el Juez Noveno Civil del Circuito de Barranquilla y el Juez Primero Civil del Circuito de Santa Marta, en el proceso ejecutivo de Alicia M. de Villegas frente a José Hernán Calvo A. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

FILIACION NATURAL. — Causal de relaciones sexuales. — Sentencia del 11 de julio de 1973. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por Alia Villarreal Mosquera frente a la sucesión de Alfonso Florentino Durán Mañosca. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

REIVINDICACION. — Nullidad por indebida representación de las partes. Poder para reconvención. Convalidación de la actuación. Técnica de casación: proposición jurídica completa. — Sentencia de 12 de julio de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Leonor Frasser de Marín frente a José Luis Frasser. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

REIVINDICACION. — Técnica de casación. — Sentencia de 12 de julio de 1973.

No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario de Rogerio Valencia Saa frente a la sociedad "Barberena Hnos. Ltda.". Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

NULIDAD DE ACTA DE REGISTRO. — Técnica de casación: causal 2ª. Error de hecho y de derecho. — Sentencia de 13 de julio de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio promovido por Alfonso y Benjamín Lemoine contra Clara Elvira Lemoine Delgado. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

FILIACION NATURAL. — Aplicación de la Ley 75 de 1968 a hechos anteriores a su vigencia. — Sentencia de 19 de julio de 1973. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio ordinario promovido por Mabel y Esperanza Montaña contra Blanca Mery González de Quintana y su menor hijo Rafael Antonio Quintana González. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

REVISION. — Recurso extraordinario. Excepciones perentorias: no son reconocibles de oficio en el juicio ejecutivo. — Sentencia de 27 de julio de 1973. Declárase sin valor la sentencia de excepciones proferida el 25 de enero de 1972 por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ejecutivo adelantado por Luis Alejandro Díaz Jiménez contra la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

QUEJA. — Es improcedente contra auto que declare desierto el recurso de casación, por no pago oportuno del porte de correo del expediente. — Auto de 3 de agosto de 1973. La Corte estima improcedente el recurso de queja a que se alude, propuesto

en el proceso ordinario de Simón Levy contra Bolsa de Medellín S. A., seguido ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

SIMULACION ABSOLUTA. — Error de derecho. Prueba del estado civil. — Sentencia de 8 de agosto de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, en el juicio ordinario de María Teresa, María Otilia y María Ester Villamizar Mora frente a José Ignacio Ortiz. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL. — Técnica de casación. — Sentencia de 9 de agosto de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario de Isaura López de Gil y otra contra la sucesión de José de la Cruz González López. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

QUEJA. — No procede sino cuando se ha negado el recurso. La decisión que declara desierto un recurso de casación no implica la denegación de éste. — Auto de 9 de agosto de 1973. La Corte declara legalmente improcedente el recurso de queja formulado por la parte demandada en este proceso ordinario instaurado por Juan Esteban Cortés a los herederos de Ernesto Samper Pastana. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

QUEJA. — Las copias deben presentarse oportunamente. — Auto de 9 de agosto de 1973. La Corte declara precluida la procedencia del recurso de queja interpuesto por Carlina Pocott de Madrid contra el proveído del Tribunal Superior de Cartagena. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

REIVINDICACION. — Sujeto pasivo de esta acción. — Sentencia de 16 de agosto de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio promovido por Alicia Ruiz y otros contra José María y Guillermo Ruiz. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

FILIACION NATURAL. — Valoración de la prueba de testigos; error de hecho en su apreciación. — Sentencia de 16 de agosto

de 1973. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Ofelia Novoa de Gaona contra los herederos de Angel María Mora Moreno. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. — Error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial a la luz del nuevo Código de Procedimiento Civil. — Sentencia de 10 de agosto de 1973. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Ana Virginia Pacheco de Ortiz frente a Hortensia Luna de Guzmán Espinosa. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

REVALIDACION DE PAPEL. — Auto de 12 de septiembre de 1973. Se declara desierto el recurso de casación interpuesto por Angel Humberto Silva contra la sentencia de 2 de febrero de 1973, proferida en este proceso por el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

CALIFICACION DE LA DEMANDA DE CASACION. — Proceso adelantado por Abraham Suárez contra la Nación colombiana. Auto de 12 de septiembre de 1973. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

CHEQUE. SU PAGO DEFECTUOSO. — Técnica de casación: error de hecho, error de derecho; proposición jurídica completa. Las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual son inacumulables. — Sentencia de 18 de septiembre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio instaurado por "Vergara Gómez y Cía." frente al "Banco del Comercio". Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

SOCIEDAD ENTRE CONCUBINOS. — Técnica de casación: violación directa y violación indirecta. — Sentencia de 19 de septiembre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por Oliva López viuda de Mozo contra Próspero Morales. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

MANDATO COMERCIAL. — Técnica de casación. La sentencia acusada está amparada por la presunción de acierto. — Sentencia de 19 de septiembre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por la compañía "Tessitura Giovani e Carlo Gastaldi" contra el Banco del Comercio. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. — Causal 5ª. Nulidades saneables. Sentencia de 19 de septiembre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Jesús Antonio y Carmen Rosa Pabón contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

REVISION DE SENTENCIA DE JUZGADO DE MENORES. — Causal de relaciones sexuales para el reconocimiento de filiación natural. — Sentencia de 20 de septiembre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Alvaro Sánchez Montes frente a Oscar Armando Vargas, representado por su madre natural Olga Vargas. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

SEGURO. — El error de hecho trascendente en casación, es sólo el palmario o evidente. — Sentencia de 21 de septiembre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Urbano Osorio O. contra la Compañía Suramericana de Seguros S. A. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. — Prueba del elemento tiempo o permanencia en la posesión notoria. — Sentencia de 24 de septiembre de 1973. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, dentro de este proceso iniciado por Carmen Rosa Martín de Ramírez frente a los herederos de Salustino Guerrero Martínez. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

ARRENDAMIENTO. — Interpretación de los contratos. — Sentencia de 26 de sep-

tiembre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por Alfonso Valderrama Pastrana contra Ismael Cabrera Polanco. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

ARRENDAMIENTO. — Causal 3ª. Causal 2ª: no hay incongruencia cuando se declara de oficio una nulidad absoluta, sin pedirla. Violación directa de la ley sustancial. — Sentencia de 3 de octubre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por "Explotaciones Mineras Ltda." contra Juan Rodríguez Liévano. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. — Accidente de tránsito. Técnica de casación: proposición jurídica completa. — Sentencia de 3 de octubre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Miguel Bustos contra "Aerovías Nacionales de Colombia S. A. - Avianca". Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

REIVINDICACION DE MEJORAS. — Buena o mala fe: su apreciación es cuestión de hecho. Usucapión quinquenal agraria: valedera como acción y no como excepción. — Sentencia de 4 de octubre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario de Antonio Gómez Gómez contra Daniel Guerra y otra. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

REVISION. — La demanda para que sea admisible, ha de dirigirse contra todas las personas que deben intervenir en el recurso. — Auto de 9 de octubre de 1973. Declárase inadmisble la demanda, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de quiebra de "Industria de Refrigeración Coldesa Ltda." y Ariel Ospina Marulanda. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

QUEJA. — La cuantía no puede exceder al valor de lo demandado. — Auto de 18 de octubre de 1973. La Corte estima bien

denegado el recurso de casación, en el proceso ordinario instaurado por el presbítero Pedro Pablo Sánchez Bedoya frente a Irma Jaramillo vda. de Cordobés, seguido ante el Tribunal Superior de Manizales. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

PERTENENCIA. — Técnica de casación. Tenencia y posesión. Intervención del título. — Sentencia de 17 de octubre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso de pertenencia de Remberto Corrales M. con oposición de Luis E. Arroyo. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

REIVINDICACION. — Error de hecho y de derecho. — Sentencia de 18 de octubre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, en el juicio ordinario promovido por Pedro y José A. Aycardi C. frente a Luis Alvarez Meza. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

NULIDAD DE TESTAMENTO. — El hermano natural no hereda al hijo legítimo, pero sí concurre con la cónyuge en la sucesión del causante hijo natural. — Sentencia de 18 de octubre de 1973. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Alfonso Yara contra María Luz Báez de Obregón y otros. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

REVISION DE SENTENCIA DE JUEZ DE MENORES. — Inconsonancia. — En la interpretación del cargo prefiere el desarrollo que de él hace el recurrente. — Sentencia de 18 de octubre de 1973. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario de Rafael Palma Espinosa contra la menor Norma Constanza Pulecio. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

SOCIEDAD DE HECHO. — Sus elementos fácticos. La sociedad es contrato de ejecución sucesiva, cuya nulidad no tiene efectos retroactivos sino futuros. — Sentencia de 18 de octubre de 1973. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por María Luisa

Olarte Vanegas contra Mercedes Olarte Hernández y otras. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

PERTENENCIA ENTRE COMUNEROS. Inconsonancia: sólo puede alegarla el perjudicado. Proposición jurídica completa. Infracción de normas derogadas: se viola la que ha debido aplicarse. Sentencia de 20 de octubre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario instaurado por Adolfo Aristizábal Llano contra Arcadio Muñoz Z. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

RECONSTRUCCION DEL PROCESO. — Auto de 29 de octubre de 1973. Se declara reconstruido el proceso ordinario instaurado por Klaus Adolf Koch contra Irmgard Sehrt. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

FILIACION NATURAL. — Posesión notoria. — Sentencia de 31 de octubre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por la menor Cruz Elena Zapata representada por su madre Pastora Zapata Cano contra los herederos de Diego Jerónimo Vásquez. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

TERMINO DE INCOMUNICACION PARA RECIBIR INDAGATORIA. — Auto de 2 de noviembre de 1973. El Tribunal Superior de Villavicencio, Sala Disciplinaria, consulta su sentencia de 26 de julio de 1973 proferida en este proceso disciplinario seguido contra el doctor Héctor Salas Ibarra, ex-Juez Promiscuo Municipal de Guamal. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

DEPOSITO. — Inconsonancia. — Prueba de contrato celebrado bajo imperio de legislación derogada. — Sentencia de 6 de noviembre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por Ester López de Sánchez frente a José Severo Espitia B. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. — Incongruencia: no consiste en la

falta de correspondencia entre las disposiciones de la sentencia de 1ª y 2ª instancia. — Sentencia de 8 de noviembre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Abraham Suárez R. frente a la Nación colombiana. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

REVALIDACION DE PAPEL COMUN. — Auto de 8 de noviembre de 1973. Declara desierto el recurso de casación por no revalidación oportuna del papel común usado en la actuación. Proceso ordinario instaurado por Héctor Restrepo contra Anatolio Ramírez R. ante el Tribunal Superior de Cali. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

SEPARACION DE BIENES. — Causal 5ª del artículo 154 del Código Civil. La nueva ley es la reguladora del mérito probatorio de las pruebas practicadas antes de su vigencia. — Sentencia de 21 de noviembre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario de Juanuario Andrade Quintero frente a Gloria Tovar Molinares. Magistrado ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL. — Técnica de casación. Error de hecho. Error de derecho en el nuevo Código de Procedimiento Civil. La Ley 75 de 1968 no exige para la causal de "relaciones sexuales" que éstas sean estables y notorias. — Sentencia de 6 de diciembre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio ordinario promovido por Mardoqueo y Dora Adame frente a Mardoqueo Rivera. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

REVALIDACION DE PAPEL IMPROPIO. — Auto de 7 de diciembre de 1973. No repone el que declaró desierto el recurso por no revalidación oportuna de papel incompetente. Casos de suspensión del proceso. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

EXONERACION DE MULTA. — Auto de 7 de diciembre de 1973. Declara desierto el recurso de casación propuesto en el proceso ordinario instaurado por Nepomuce-

no Hernández frente a Alfonso Barbosa, por no presentación oportuna de la demanda. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

RECURSO DE SUPLICA. — Sólo cabe contra providencias dictadas por el magistrado ponente. — Auto de 7 de diciembre de 1973. La Corte se abstiene de conocer de este recurso propuesto por Florentino Oliveros en el de revisión instaurado por el mismo. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

REVALIDACION DE PAPEL. — Las estampillas al efecto deben entregarse a la secretaría. — Auto de 7 de diciembre de 1973. La Corte declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso ordinario de Santiago Peña R. frente a Matilde Rojas de Rincón. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

QUEJA. — No procede contra auto que declara desierto el recurso. — Auto de 7 de diciembre de 1973. Decide la Corte el recurso promovido por Raúl Forero R. frente a Carlos A. Rincón Arias ante el Tribunal Superior de Bucaramanga. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas.

SIMULACION. — Técnica de casación. — Sentencia de 7 de diciembre de 1973. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el juicio ordinario promovido por Zoila Pedroza de Lora contra Gregorio Zárate. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

RECHAZO IN LIMINE DE LA DEMANDA. — Auto de 7 de diciembre de 1973. La Corte rechaza la demanda ordinaria que presentó Ramón Vales Alvarez contra el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Braulio Espejo. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

SALA DE CASACION LABORAL

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de julio 2 de 1973, casa la profe-

rida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Francisco Camargo Tordecilla contra Empresa Naviera Fluvial Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

MORA. — La Corte por sentencia de julio 3 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Manuel José Ruiz Carrillo contra la Empresa Distrital de Servicios Públicos y la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros del Distrito Especial de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

TELECOM. — La Corte por sentencia de julio 10 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Marco Tulio Fernández Hernández contra Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom). Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

PAGOS PARCIALES DEL AUXILIO DE CESANTIA. — La Corte por sentencia de julio 10 de 1973, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Julio Barrera España contra Empresa de Energía Eléctrica de Magangué S. A. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

CASACION. — (Técnica). — La Corte por sentencia de julio 13 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio de Alberto Javier Vallejos G. contra Jorge Enrique Vallejos G. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de julio 19 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha en el juicio de Israel Ramírez Cardozo contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. (Avianca). Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

CASACION. — (Técnica). — La Corte por sentencia de julio 24 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Federico Garrido Mercado contra el Distrito Especial de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

CASACION. — (Técnica). — La Corte por sentencia de julio 26 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Eloy Pérez Alvarez contra Shell Cóndor S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

SALARIO. — La Corte por sentencia de julio 27 de 1973, casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Manuel Guillermo González contra Bernardo Angel Escobar y otros, en su calidad de ex-socios de la sociedad "Roldángel Ltda.". Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

CASACION. — (Técnica). — La Corte por sentencia de julio 27 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Janice Condit de Valencia contra Meyer Language Center. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de julio 31 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Darío Hernando Forero Wilcherry contra Empresa Distrital de Transportes Urbanos. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

INDEMNIZACION MORATORIA Y BUENA FE PATRONAL. — La Corte por sentencia de agosto 6 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de David Lombana Pinto contra la Nación (Ministerio de Obras Públicas). Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

INDEMNIZACION MORATORIA. — La Corte por sentencia de agosto 8 de 1973,

casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pablo Cuesta Urrea contra Laboratorios Dr. J. Grillo Ltda. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

REAJUSTES. — La Corte por sentencia de agosto 9 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Eduardo Uribe Mariño contra Compañía Siemens S. A. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de agosto 9 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José del Carmen Moreno Pérez contra el Banco de Colombia. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de agosto 10 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Miguel Ángel Narváez Latorre contra la Comunidad denominada: Misioneros Hijos del Inmaculado Corazón de María. Magistrado ponente: Doctor Miguel Ángel García B.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de agosto 13 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Pedro Pablo Arrieta Cárcamo contra la Compañía Frutera de Sevilla. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

SUSPENSION DE LABORES. — La Corte por sentencia de agosto 14 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de José Macario Arboleda y otros contra "Ingenio El Papayal". Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de agosto 16 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Efraín Rodríguez Orozco contra Construcciones La Castellana S. A., a Benjamín Londoño Rojas & Comanditarios y a Benjamín Londo-

ño, como persona natural. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

CONTRATO DE TRABAJO. — La Corte por sentencia de agosto 17 de 1973, casa totalmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Jorge Hernando Guerrero Trujillo contra Coéxito S. A. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de agosto 27 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Octavio Artunduaga Lugo contra el Municipio de Palmira. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

SALARIOS VARIABLES. — La Corte por sentencia de agosto 30 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Raúl Bautista Cervetto contra Impulsadora Colombiana de Hoteles Ltda. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

INDEMNIZACION MORATORIA. — La Corte por sentencia de agosto 30 de 1973, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Misael Rodríguez G., contra el Hospital San Juan de Dios. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

INDEMNIZACION Y BUENA FE PATRONAL. — La Corte por sentencia de septiembre 6 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ramiro Basabe Alvarez contra Empresa de Licores de Cundinamarca. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

EL RECURSO DE CASACION. — La Corte por sentencia de septiembre 13 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Miguel Ángel Agudelo Sánchez contra el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica - Comisión de Canalización y Reembolso del Río Medellín. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de septiembre 14 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Ariel Salazar Vélez contra Asociación Colombiana de Municipalidades. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

DIFERENCIA ENTRE LA VIOLACION DE LAS OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR Y LA FALTA COMETIDA POR EL MISMO. — La Corte por sentencia de septiembre 18 de 1973, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Joaquín Emilio Ramírez Z., contra Gaseosas Posada Tobón S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de septiembre 19 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Santos Gutiérrez contra Colombian Petroleum Company (Colpet). Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de septiembre 21 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Patrocinio Jiménez Hernández contra el Colegio Biffi La Salle de Barranquilla. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de septiembre 25 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Miguel Leonidas Sánchez Pardo contra Hipódromo de Techo S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de septiembre 27 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Alfonso Fernández T. contra Diego Lema Gutiérrez. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

INFRACCION DIRECTA. — La Corte por sentencia de septiembre 27 de 1973, no

casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Oswaldo Vergara Rodríguez contra el Instituto de Fomento Municipal. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO, INVOCANDO JUSTA CAUSA. La Corte por sentencia de septiembre 28 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Néstor Hugo Pulido Sierra contra Banco Central Hipotecario. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de octubre 4 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Eduardo Sandoval contra Laboratorios Undra S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

PRUEBA PERICIAL — La Corte por sentencia de octubre 5 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Roatta Bechelly contra Société Parisienne D'Expansion Chimique Specia. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de octubre 8 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Armando Muñoz Villamizar contra Laboratorios Undra S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de octubre 10 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Jesús Emilio Porras contra el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, Comisión Canalización del Río Medellín, el Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

LA CARGA DE LA PRUEBA. — La Corte por sentencia de octubre 11 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rafael Peña Peña contra Jabonerías Unidas S. A. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

INDEMNIZACION MORATORIA. — La Corte por sentencia de octubre 15 de 1973, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Marco Alcides Romero Cadena contra Transportes Federales Huila-Cauca-Caquetá (Transfederal H. C. Ltda.). Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

LICENCIAS. — La Corte por sentencia de octubre 18 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Bolívar Román Sotelo contra el Instituto de Fomento Municipal. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

REFORMATIO IN PEJUS. — La Corte por sentencia de octubre 20 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Pablo Moreno Jaimes contra las Empresas Municipales de Cúcuta. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

ERROR DE DERECHO. — La Corte por sentencia de octubre 22 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alvaro Anzola Gutiérrez contra Ladrillos Moore S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

UNIDAD DE EMPRESA. — La Corte por sentencia de octubre 23 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Abel Valdés Reales contra Compañía Frutera de Sevilla. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de octubre 25 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Julio César Miranda Solís contra Gaseosas Posada Tobón S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

VACACIONES. — La Corte por sentencia de octubre 29 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Felipe Clavijo Q. contra la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

SUSTITUCION PATRONAL. — La Corte por sentencia de noviembre 2 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Angel Ibáñez contra Ramón Antonio Ascárate Rivera. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

INDEMNIZACION MORATORIA. — La Corte por sentencia de noviembre 5 de 1973, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gustavo Zea Mayorga contra Servicio Nacional de Aprendizaje Sena. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

INDEMNIZACION MORATORIA. — La Corte por sentencia de noviembre 8 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Betty Aristizábal de Botero contra Knoll Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

DESPIDO POR JUSTA CAUSA. — La Corte por sentencia de noviembre 8 de 1973, casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Sergio Camargo contra Mototalleres S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de noviembre 8 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en el juicio de Manuel Guillermo Bayona Pantaleón contra Colegio Carmelitano. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de noviembre 8 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Vicente Alonso Lancheros contra Pablo Ma-

teo Castelblanco. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de noviembre 8 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ismael Gálvez Gálvez contra el Distrito Especial de Bogotá, y la Caja de Previsión Social de Empleados y Obreros del Distrito Especial de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de noviembre 9 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Eusebio Castro Molinares contra Puertos de Colombia, Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

INDEMNIZACION MORATORIA. — La Corte por sentencia de noviembre 12 de 1973, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Amador Montenegro Muñoz contra el Banco Cafetero. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

INDEMNIZACION MORATORIA. — La Corte por sentencia de noviembre 12 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Rodríguez Romero contra Laboratorios y Agencias Internacionales Ltda. "Lanter". Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

INTERPRETACION DEL CONTRATO DE TRABAJO. — La Corte por sentencia de noviembre 19 de 1973, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José Oscar Hernández Sánchez contra Hotel Intercontinental. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

SALARIOS BASICOS PARA PRESTACIONES. — La Corte por sentencia de noviembre 22 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Marceliano Cuentas contra Curtiembres Búfalo-

Minski & Gilinski Ltda. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

PRESCRIPCION. — La Corte por sentencia de noviembre 26 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rhada Schubert contra Laboratorios Undra S. A. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de noviembre 27 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Berto Ignacio Restrepo Berrío contra Comestibles La Rosa S. A. y Distribuciones Grace & Cía. (Colombia) S. A. o Grace y Cía. (Colombia) S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de noviembre 30 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Leonidas Berdugo Díaz contra Construcciones Sigma Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

PRUEBAS AGREGADAS INOPORTUNAMENTE. — La Corte por sentencia de diciembre 4 de 1973, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Hugo Alberto Pérez contra Helicópteros Nacionales de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de diciembre 4 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Roberto Salazar Henao contra Alvaro Posse Arboleda & Cía. Ltda. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de diciembre 5 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Víctor M. Gómez contra la sociedad denominada Astilleros Magdalena Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION. — La Corte por sentencia de diciembre 7 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alberto Rojas Chaux y Ernesto Ruiz Manrique contra Ernesto González González. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. — La Corte por sentencia de diciembre 10 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo en el juicio de Juan Glem Posada contra Departamento de Sucre. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

DOCUMENTO AUTENTICO. — La Corte por sentencia de diciembre 10 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José Enrique Restrepo Muñoz contra Walter Rothlisberger & Cía. Ltda. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

PRUEBA DEL PAGO POR CONSIGNACION. — La Corte por sentencia de diciembre 10 de 1973, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil en el juicio de Luis Alejandro Díaz Suárez contra la Cooperativa

de Caficultores del Sur de Santander Ltda. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

REINTEGRO O INDEMNIZACION. — La Corte por sentencia de diciembre 13 de 1973, casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jacobo Lasprilla Niño contra Calicanto Limitada. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de diciembre 13 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Jorge Vasilef Gospondinova contra Aerocosta S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de diciembre 14 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alfredo Samper Salazar contra Codep y Socorsa Ltda. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de diciembre 14 de 1973, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Héctor Enrique Pulido Sánchez contra Distribuidora Bavaria S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

I N D I C E

SALA DE CASACION CIVIL

REVALIDACION DEL PAPEL. — *Declara desierto el recurso por no revalidación oportuna del papel usado en la actuación.* — Providencia de 17 de julio de 1973. — Recurso de casación interpuesto por la "Compañía Pesquera Arango Ltda." contra la sentencia de 12 de diciembre de 1972, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de aquélla frente a Cía. de Seguros Skandia S. A. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén

5

REVISION (recurso extraordinario). — *Legitimación para interponer este recurso. Carga probatoria. Procedencia. Nulidad como motivo del recurso.* — Providencia de 18 de julio de 1973. — "Fundiciones Básicas S. A." representada por su gerente Alfonso Giraldo interpuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 6 de julio de 1972, en el proceso de ejecución promovido por María Luisa Giraldo de Landínez contra "Vicente Giraldo Sucesores Ltda." Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper

8

CONFLICTO DE COMPETENCIA (en procesos sobre privación de la patria potestad). — Auto de 8 de agosto de 1973. — Es competente para conocer de este proceso el Juez de Menores de Garzón, en el conflicto suscitado entre los jueces de menores de Garzón y de Bogotá, en el juicio promovido por Cecilia Perdomo de Andrade, contra Epaminondas Andrade Perdomo, en representación de sus hijos Gastón Alexander y Mary Carlina Andrade. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper

15

DESISTIMIENTO EN JUICIO DE FILIACION NATURAL. — *Causal 3ª: la contradicción de las resoluciones ha de ser tal, que haga imposible la operancia simultánea de ellas.* — *Medio nuevo en casación.* — *El desistimiento: es un acto jurídico.* — Sentencia de 16 de agosto de 1973. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por María Leonor Alvarez o Sierra frente a Ana Rita Tobón vda. de Alvarez, como heredera de Lázaro Alvarez Tobón. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda

18

SALVAMENTO DE VOTO de los Magistrados, doctores Humberto Murcia Ballén y Alfonso Peláez Ocampo del fallo anteriormente publicado

29

FILIACION NATURAL. — *Error de hecho: los yerros que no son trascendentes carecen de valor impugnativo.* — *Causal de relaciones sexuales: no es decisivo determinar las fechas de iniciación y finalización de dichas relaciones. Cómo calcular la época de la concepción.* — *Reforma del testamento: acción que no se concede al legitimario simplemente preterido. Posesión legal del heredero: la tiene desde el momento en que se le defiere la herencia.* — Sentencia de 16 de agosto de 1973. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Doris Polanco contra los herederos de Ernesto Samper Pastrana. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga

35

SEGURO DE INCENDIO. — *Error de hecho.* — *Pago por consignación como modo de extinguir la obligación.* — *Causal 1ª: violación de la ley sustancial.* — *El artículo 648 del Código de Comercio ante-*

	Págs.		Págs.
<i>rrior no es norma sustancial. — Sentencia de 16 de agosto de 1973. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por "Almacén Santander Elisa Acevedo y Cía. Ltda." contra "Compañía de Seguros la Continental" y "Cía. Colombiana de Seguros". Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén ...</i>		<i>va, en el juicio ordinario promovido por Carlos Alberto y Mercedes Aros contra el Municipio de Gigante en su calidad de heredero de Manuel Freyre. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga ...</i>	73
REVALIDACION DE PAPEL. — Casación: distintos actos que integran su trámite. — Auto de 16 de agosto de 1973. — NIEGA LA REPOSICION solicitada de la providencia de 17 de julio del presente, proferida en el proceso seguido por la Compañía Pesquera Arango Limitada contra "Compañía de Seguros Skandia S. A." Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén ...	42	ABUSO DEL DERECHO A LITIGAR. — Límite en el embargo de bienes. Se requiere temeridad o malicia para incurrir en responsabilidad. Responsabilidad de las personas jurídicas. — Sentencia de 11 de octubre de 1973. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el juicio ordinario promovido por Luis Enrique Páez Sierra contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, sucursal de Puerto López. — Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga ...	79
CORRECCION DE ERROR ARITMETICO. — Son diferentes la aclaración y la corrección. — Auto de 25 de septiembre de 1973. Se declara improcedente la corrección solicitada en el proceso ordinario de Gerardo y Argemiro Mejía contra Esneda Cardona de Echeverri, como heredera testamentaria de Francisco Echeverri Mejía ...	55	SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS. — El matrimonio legítimo genera ope legis sociedad conyugal; la vida en común de los amancebados no genera per se ni comunidad de bienes, ni sociedad de hecho; para que exista se requiere pacto expreso o hechos que la constituyan. — Sentencia de 18 de octubre de 1973. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio ordinario promovido por Ana Rita Hurtado contra los herederos de Luis Ramírez Alvarez. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga ...	87
SIMULACION RELATIVA. — Error de derecho en el nuevo Código de Procedimiento Civil. — Prueba de la simulación inter partes. — Restricción de la prueba testimonial. Indicio proveniente de la falta de documento o principio de prueba por escrito. Testimonio único, no excluible hoy. Nulidad de donacion entre vivos. — Sentencia de 25 de septiembre de 1973. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Gregorio Ladino Guáqueta frente a María Inés Ladino de Prieto. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén ...	58	FILIACION NATURAL. — Error de hecho. — Autonomía de los cargos en casación. Prueba testimonial: autonomía del fallador de instancia para su apreciación. — Sentencia de 29 de octubre de 1973. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por William de Jesús Castañón contra los herederos de Luis María Gómez Madrid. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén ...	96
FILIACION NATURAL. — Posesión notoria: diferentes hechos constitutivos de la de hijo legítimo y la de hijo natural. Presentación del hijo como tal. — Amplitud en el análisis de la prueba. — Sentencia de 26 de septiembre de 1973. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Nel-	61	ALBACEA (nulidad de su designación) — Error de hecho. — Administración de bienes herenciales. — El artículo 595 del Código de Procedimiento Civil es norma sustancial. — Sentencia de 5 de noviembre de 1973. — NO CASA la proferida por	

- el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Hersilia Caldas de Tobón y otros frente a Nancy Piedra-hita de Quijano y otras. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén ... 106
- REIVINDICACION.** — *Nulidad del proceso: son distintas la capacidad procesal o legitimatio ad processum y la legitimación en la causa o legitimatio ad causam.* — *Nulidad por trámite inadecuado.* — Sentencia de 19 de noviembre de 1973. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el juicio ordinario promovido por Oscar Roldán Sánchez y Miguel Ramírez R. contra Julio César Serna Granada. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén ... 115
- PORCION CONYUGAL.** — *El cónyuge sobreviviente puede recoger, por donación, herencia o legado, más de lo que valdría la porción, imputando el exceso o la cuarta de libre disposición.* — Sentencia de 20 de noviembre de 1973. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio sucesorio de Eustasio Camargo Rubio. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda ... 127
- RECURSO DE REVISION.** — *No es un nuevo camino para corregir errores del proceso primitivo.* — *Requisitos de la causal primera.* — *Fuerza mayor y caso fortuito.* — Sentencia de 20 de noviembre de 1973. — Proceso de revisión proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Abel Muñoz Garavito contra Martiniano Llanos Hernández y Epifanía Rubiano de Llanos. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga ... 137
- NULIDAD DE TESTAMENTO CERRADO.** — *Inhabilidad para testar: la prodigalidad no constituye inhabilidad.* — *Los cuatro primeros artículos de la Ley 36 de 1931 no son normas sustanciales.* — Sentencia de 6 de diciembre de 1973. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Graciliano, Filomena y Leopoldo González Hernández contra Antonio M. González, y herederos de Genoveva González. 106
- Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper ... 145
- CONFLICTO DE COMPETENCIA.** — *Carece de finalidad después de fallado el negocio. Competencia: para ejecutar el fallo, corresponde al juez que lo dictó.* — Providencia de 7 de diciembre de 1973. — Decide que el Juez Segundo Promiscuo de Menores de Pereira es el competente para conocer en el juicio que María Disnalda Valencia de Peláez en representación de sus hijos menores, interpuso contra Fabio Antonio Peláez. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén ... 151
- RESOLUCION DE LA VENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO.** — *Venta: obligaciones del vendedor.* — *Evicción: sus requisitos.* — *Condición resolutoria.* — *Exceptio non adimpleti contractus.* — *Accepción de edificación o plantación en suelo ajeno.* — Sentencia de 15 de diciembre de 1973. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario iniciado por Josefina Escobar de Martis y otros frente a Francisco Edilberto Jiménez Cuenca. Magistrado ponente: Doctor Ernesto Escallón Vargas ... 154

SALA DE CASACION PENAL

REVISION. — *El recurso de revisión imolice un debate probatorio, así como el de casación es un razonamiento jurídico. En aquél se atacan las bases del juicio penal; en éste se impugna la sentencia, o sea, que en el uno la materia sub iudice es el proceso mismo, mientras en el otro la discusión versa sobre la legalidad de la sentencia.* — Por auto de 4 de octubre de 1973, la Corte NIEGA LA REVISION solicitada por Jaime Duque Betancur en cuanto al juicio que contra éste se adelantó por el delito de peculado, infracción por la cual lo condenó el Tribunal Superior de Buga, a la pérdida del empleo y a la responsabilidad civil de pagar los caudales defraudados al Banco Popular. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez ... 171

- CUESTIONARIOS EN CONSEJOS DE GUERRA.** — *La pregunta que se hace a los vocales en consejos de guerra debe comprender, en forma concisa, todos los presupuestos sustanciales de la infracción en su aspecto genérico y específico, lo mismo que las circunstancias integrantes y modificadoras de la responsabilidad y de la sanción.* — Por providencia de octubre 4 de 1973, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 18 de diciembre de 1972 que condenó al agente de la Policía Nacional José Emilio Yama Cuastumal, a la pena principal de 1 año y 3 meses de presidio como responsable del delito de lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo ... 174
- HURTO. ROBO.** — *Intereses tutelados. En el hurto y en robo se tutela la posesión—entendida como poder de custodia y de disposición material— que se tenga sobre los bienes muebles. De ahí que tanto en el hurto como en el robo, resultan consumados en el momento mismo en que la víctima es desposeída de la cosa objeto de la infracción.* — La Corte, mediante providencia de octubre 17 de 1973, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Fernando Rodríguez Vargas contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 16 de agosto de 1972 que lo condenó a la pena principal de 44 meses de presidio como responsable del delito de robo. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez ... 180
- CONFLICTO DE COMPETENCIAS.** — *Los falla la Corte con invocación de motivos propios. En consecuencia, cuando el Tribunal Superior, en uso de la competencia que le fue reconocida por la Corte, dentro de las circunstancias procesales y por los motivos que originaron el conflicto, declaró nulo lo actuado por la justicia castrense, "a partir del folio 75 del expediente en adelante" incurrió en incompetencia de jurisdicción.* — Por medio de providencia de octubre 22 de 1973, la Corte CASA la sentencia del Tribunal Superior de Armenia que condenó al recurrente Jesús María Rodríguez Roa a la pena de 15 años de presidio por el delito de homicidio agravado, y en su lugar ORDENA reponer el procedimiento a partir del auto de 30 de abril de 1971 por medio del cual el Tribunal de Armenia declaró nulo lo actuado por la justicia castrense en este proceso, desde el folio 75 en adelante. En consecuencia, vuelvan las diligencias al Tribunal de origen para que proceda de conformidad. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero ... 183
- TESTIMONIO.** — *Al juez corresponde apreciar razonablemente la credibilidad de tal medio de prueba.* — La Corte, en providencia de 25 de octubre de 1973 DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Martínez Yepes contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que lo condenó entre otros, a la pena principal de 6 años de presidio, más las accesorias de rigor, como responsable del delito de robo agravado. Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta ... 188
- NULIDAD.** — *Nulidad del auto que admite la demanda de parte civil. Sus consecuencias. Este vicio de nulidad no trasciende al resto de la actuación procesal, como claramente se infiere de una interpretación racional del artículo 133 del Código de Procedimiento Penal.* — Mediante sentencia de 2 de noviembre de 1973, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de marzo 16 del presente año del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta que condenó a José Agustín Peña Durán a la pena principal de 14 años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y homicidio imperfecto. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo ... 193
- TECNICA DE CASACION.** — *Causal 1ª. — Se debe señalar el concepto de la violación, o sea si la sentencia viola la ley sustancial por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, o si, en cambio, la infringe por error de derecho en la apreciación de las pruebas o por error de hecho que aparezca manifestado en los autos.* — Por providencia de noviembre 2 de 1973, la Corte NO CASA la sentencia de 3 de febrero de 1972

Págs.

Págs.

que condenó al procesado Antonio Ballesteros Aristizábal a la pena principal de 16 años y 6 meses de presidio como responsable del delito de homicidio agravado. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero ... 197

CASACIÓN. TECNICA. — *La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas.* — La Corte, por auto de noviembre 9 de 1973, **DECLARA DESIERTO** el recurso de casación interpuesto por el procesado Manuel Antonio Restrepo Arango y su defensor, contra la sentencia de 4 de junio del corriente año del Tribunal Superior de Cali por medio de la cual fue condenado a 10 años de presidio por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez ... 200

ACUMULACION. PRORROGA DE JURISDICCION. — *En materia penal, conforme a lo estatuido en el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, uno de los casos en que hay lugar a acumulación es cuando contra un mismo procesado se estuvieren siguiendo dos o más juicios. Preséntase en tales situaciones previstas en el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, una verdadera prórroga de jurisdicción, no sólo con respecto de la materia, sino también del territorio, si una de las infracciones se cometió en lugar de otra jurisdicción.* — La Corte, por sentencia de 24 de noviembre de 1973 **DESECHA** el recurso de casación extraordinario interpuesto contra la sentencia de 5 de marzo último del honorable Tribunal Superior de Buga que adicionó el fallo de primer grado en el sentido de imponer 2 años de relegación a colonia agrícola penal como accesoria al condenado José Durán Delgado Giraldo. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo ... 204

PRUEBA PERICIAL. — *Sólo puede reconocerse valor de plena prueba al dictamen proveniente de verdaderos expertos, emi-*

tido sobre el caso concreto, razonado, objetivo, uniforme, sin reticencias, ni vicios. — Por medio de sentencia de 27 de noviembre de 1973, la Corte **CASA** la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de 15 de febrero de 1972, que condenó al recurrente a 15 meses de presidio y en su lugar **ABSUELVE** a Oscar de Jesús Gaviria Roldán por los cargos que fueron calificados como falsedad y estafa. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez ... 207

NULIDAD. CAUSAL 4ª — *Quien alega en casación que el juicio está viciado de nulidad, porque en el auto de proceder se incurrió en error respecto a la denominación jurídica de la infracción, tiene el deber de demostrar, mediante razonado estudio del haz probatorio, que los juzgadores desfiguran la realidad fáctica del proceso por errores —de hecho o de derecho— en la valoración de la prueba, o de comprobar por análisis jurídico, si no controvierte los hechos que el fallador tuvo como establecidos, que la norma de la cual fueron subsumidos no era la rectora del tipo sino otra.* — Mediante providencia de 27 de noviembre de 1973 la Corte **NO CASA** la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó al recurrente Macedonio Martínez Pinilla a 15 años de presidio por el delito de homicidio agravado. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero ... 214

PRESCRIPCION (en el abuso de confianza). — *Momento en que el secuestro manifiesta inequívocamente la voluntad de no restituir los bienes recibidos en calidad de secuestro.* — La Corte, en providencia de noviembre 27 de 1973, **NO CASA** la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, mediante la cual, el día 26 de abril del año en curso, condenó a Ricardo Gómez Aristizábal a la pena principal de 15 meses de prisión y a las accesorias de rigor, por el delito de abuso de confianza. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero ... 217

DELITO DE FUGA. — *No es circunstancia agravante en el delito, el hecho de que esté cumpliendo una condena, como tam-*

Págs.

Págs.

poco es circunstancia atenuadora de la pena, el hecho de que esté cumpliendo una condena por contravención. Las dos son hipótesis específicas del delito de fuga. Respecto de las cuales, como para la evasión, de quien se encuentra en detención preventiva, juega la circunstancia agravadora de la pena, por el empleo de la violencia contra las personas o las cosas.

Por sentencia de 28 de noviembre de 1973, la Corte CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta de 8 de septiembre de 1972 y en su lugar dispone: 1º Imponer a los procesados Luis Antonio Acosta Bohórquez y Alcibiades Barrios Alvarez la pena principal de tres años y cuatro meses de prisión, para cada uno, como responsables del delito de fuga de presos. 2º Imponer a los procesados Aniano Buitrago Forero, Darío Cedeño, Aníbal Durán Sanchez, Alfonso González, Alberto Molina Londoño, MoCesto Ochoa, Julio Pérez Páez, Graciano Rivera Serrano, Jesús Rojas, Pedro Robayo Ospina o Nivea, Luis Felipe Sierra Bonilla, la pena principal de tres años, dos meses y siete días de prisión, como responsables del delito de fuga de presos. 3º Imponer a los procesados Alcibiades Barrios Alvarez y Edgar Clemente Moreno Hérázo la pena principal de tres años y cuatro meses de prisión, como responsables del delito de fuga de presos. 4º Imponer a los procesados Vicente Alvarado Cárdenas, Filimón o Filemón Cala Amaya, Benjamín Rodríguez, la pena principal de tres años y nueve meses de prisión, como responsables del delito de fuga. 5º Imponer al procesado Ricardo Manrique o Jorge Ulises Franco López o Enrique Urrea Carrillo o William Almanza Zafra o Gilberto López, la pena principal de cuatro años y nueve meses de prisión, como responsable del delito de fuga de presos. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez ... 224

VEREDICTO CONTRADICTORIO. — *Veredicto contradictorio es aquel en que sus términos resultan inconciliables porque se destruyen mutuamente, en atención a que implican afirmación y negación al mismo tiempo, pues una de sus voces excluye lo que la otra acepta.* — Por medio

de providencia de noviembre 28 de 1973, la Corte INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de 30 de diciembre de 1972 que impuso a Rosa Eugenia o María Eugenia Betancur Sáenz la pena principal de 5 años de presidio como responsable de homicidio, y ORDENA que se devuelva el proceso, por conducto de esa Corporación al Juzgado 8º Superior de la misma ciudad, para que se convoque a nuevo jurado. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez ... 229

CUESTIONARIOS PARA EL JURADO. — *Se ratifica la doctrina de la Corte sobre la inexistencia de nulidad, cuando en una misma pregunta se interroga al jurado, sobre varios delitos cometidos en el mismo lugar, con circunstancias, modalidades y móviles idénticos.* — Mediante providencia de noviembre 28 de 1973, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 22 de enero del corriente año por la cual le fue impuesta al recurrente Aristóbulo Rocha Bustos, la pena principal de 19 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez ... 240

COMPETENCIA. — *Se ratifica la doctrina de la Corte de octubre 30 de 1970 y de noviembre 4 de 1970, en el sentido de que la justicia castrense conoce de los delitos previstos en el Código Penal ordinario, cometidos en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior por los militares en servicio activo.* — La Corte, por medio de sentencia de 29 de noviembre de 1973, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior Militar de 10 de mayo último que condenó al subteniente del Ejército Nacional Yezid Quiroga Forero a la pena principal de 16 años de presidio "como autor único y responsable de los delitos de homicidio agravado y el de hurto común". Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo ... 245

JUECES COMISIONADOS. — *Los jueces comisionados por el funcionario instructor*

Págs.

Págs.

no son recusables. — Por auto de fecha 6 de diciembre de 1973, la Corte NO REPONE el auto de fecha 12 del mismo mes y año proferido por esta Corporación, mediante el cual DISPONE que los jueces comisionados no son recusables, dentro del proceso seguido contra el doctor Climaco Buitrago Botello. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero

248

NULIDAD SUPRALEGAL. — *No la constituye el hecho de haberse producido una peritación psiquiátrica con posterioridad a la fecha indicada.* — Mediante providencia de 6 de diciembre de 1973, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 21 de octubre de 1972 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que condenó a Edgar Eggen Guevara a la pena principal de 15 años de presidio, más las accesorias de rigor legal, por el delito de homicidio (asesinato). Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta

250

REFORMATIO IN PEJUS. — *Cuándo tiene o cuándo no tiene operancia. La Corte reitera su doctrina sentada en providencias de 21 de agosto de 1973 y 27 de septiembre de 1972.* — Por sentencia de diciembre 13 de 1973, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la del Tribunal Superior de Neiva de 14 de abril último por la cual se le impuso al procesado Efraín Polanco Ospina, la pena principal de 18 meses de prisión como responsable del delito de estafa. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez

254

EXTRADICION. — *Está restringida bien sea por la calidad de la persona cuya extradición se pide, ora a las modalidades que puedan acompañar al hecho para ratificarlo como delito común o como delito político, también a la pena correspondiente con la cual cada Estado reprime la infracción.* — Con fecha 13 de diciembre de 1973, la Corte EMITE CONCEPTO DESFAVORABLE a la extradición de Octavio Álvarez Duque, Nabile Karam y Luz Ma-

ría Peña de Calderón, para dar respuesta al oficio número O.J.-75 de 8 de marzo del año en curso, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez

258

COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO DE LOS AGENTES DE LA POLICIA. — *Los oficiales y agentes de la Policía Nacional que con ocasión del servicio o por causas del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cometan un delito, serán juzgados de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar.* — Por sentencia de 6 de septiembre de 1973, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Carlos Julio González contra la sentencia del Tribunal Superior Militar de 21 de septiembre de 1972 que lo condenó a 2 años de prisión por el delito de concusión. Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez

262

PREVARICATO. — *El simple error o la ignorancia del derecho excluyen el prevaricato. Es indispensable que resulte de los elementos de juicio, manifiesta la intención del autor de apartarse de la ley porque maliciosamente así se lo propuso.* Por auto de 9 de julio de 1973, la Corte CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Cartagena de 23 de octubre último que sobreeseyó definitivamente en favor del doctor Julio Padaui Meola, Juez Segundo Promiscuo de Menores por el supuesto delito de prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez

269

PODER. REQUISITOS. — *No puede designar apoderado para interponer el recurso extraordinario de revisión, el reo que ha violado las obligaciones contraídas para obtener su libertad.* — La Corte, por auto de 27 de julio de 1973, NO ADMITE como apoderado de Libardo Iván Velásquez Escobar, al doctor Antonio J. Rodríguez Rojas para ejercitar el recurso de revisión contra las sentencias proferidas por el Juzgado 5º Penal del Circuito de Bucaramanga y por el Tribunal Superior del

Págs.

Págs.

mismo Distrito, por medio de las cuales se condenó al mencionado Velásquez a la pena principal de 8 años de presidio y las accesorias correspondientes. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto ... 273

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — *Cuando el demandante en casación postula cargos por vicios de forma en el procedimiento y alega también motivos de fondo, el método lógico obliga a examinar las acusaciones "in procedendo" y luego las causales "in iudicando". Sin la certeza de la condición normal del procesado, al tiempo de cometer el hecho reprimido por la legislación penal, no se puede abrir causa criminal con formulación de un cargo investido de dolo, pues este factor es predicable de las personas no contempladas en el artículo 29 del Código Penal. — El motivo de la nulidad radica en la inobservancia de las formas propias del juicio (Art. 26 C. N.).* — Mediante sentencia de 31 de julio de 1973, la Corte CASA la sentencia de 28 de septiembre de 1972 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga que condenó al acusado Ferrín Ortiz a la pena de 15 años de presidio por el delito de homicidio, DECLARA que el proceso queda en estado de sumario y ordena su reposición desde el auto calificador de su mérito, inclusive. Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez ... 276

NULIDAD. — *La no mención, en la parte resolutive, del auto de proceder, de uno de los hechos concretos por los cuales se llamó a juicio, no vicia de nulidad el procedimiento.* — Mediante sentencia de agosto 14 de 1973, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 27 de noviembre de 1972 del Tribunal Superior de Pereira que condenó a Francisco Cañas Vélez y Gustavo Uribe Gutiérrez, a las penas de 24 y 18 años de presidio respectivamente, por los delitos de robo y homicidio. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto ... 284

CAPACIDAD LEGAL PARA COMPARECER EN JUICIO LOS MAYORES DE 16 AÑOS.
De ahí que a los mayores de 16 años ya

no tenga que hacerseles designación de aquella clase de curadores, ni con relación a ellos tampoco tenga que reclamarse la presencia de su representante legal, pues, se repite, la ley les ha reconocido plena capacidad procesal para comparecer en juicio en el campo penal. — La Corte, por sentencia de 23 de agosto de 1973, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Alirio Niño Figueroa, contra la de 8 de septiembre de 1972, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, condenó a dicho procesado a la pena principal de 8 años y 6 meses de presidio como autor responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez ... 293

CASACION. TECNICA. — *Cuando se invoca la causal primera, debe señalarse concretamente cuál de las diversas posibilidades de casación que contiene, es la que se toma como base de la solicitud y ajustar a ella la estructura de la demanda.* — Por sentencia de agosto 30 de 1973, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la del Tribunal Superior de Medellín de 13 de diciembre de 1972 que condenó a Rodrigo Arrubla Yepes, a tres años de prisión por los delitos de violencia carnal y rapto. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto ... 299

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE EN LOS CONSEJOS DE GUERRA. — *No es a la Corte a la que le corresponde declarar que las respuestas dadas por los vocales del consejo de guerra, son contrarios a la evidencia de los hechos, pues esa facultad ha sido conferida, de modo privativo, a los juzgadores de instancias.* — La Corte, mediante providencia de agosto 30 de 1973, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de junio del año en curso, del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a los procesados Epaminondas Gómez Sánchez, Fabio Sandoval Aranda, José Alvaro Molano Rodas y Nelson de la Pava Sánchez por los delitos de homicidio perfecto, robo consumado, robo en grado de tentativa, lesiones personales y asociación para

- delinquir. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto ... 304
- NULIDAD POR VIOLACION DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL.** *El artículo 26 de la Constitución Nacional, como lo ha sostenido la Corte, consagra un complejo doctrinario integrado por distintas previsiones que no siempre tuvieron igual desenvolvimiento histórico, si bien se presentan ahora en estrecha unión para instituir las llamadas "garantías procesales", que, con las garantías penales del artículo 28, preservan situaciones absolutamente necesarias para seguridad de la persona humana.* — Por sentencia de 30 de agosto de 1973, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Sexto del Tribunal Superior de Bogotá contra la sentencia de 27 de julio de 1972 proferida por dicha Corporación que impuso a Elvira Aponte Reinoso la pena principal de 4 años y 4 meses de presidio como responsable de los delitos de homicidio y hurto. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez ... 311
- REVISION.** — *Se ratifica la doctrina de 9 de diciembre de 1954 (G. J., T. LXXIX, Pág. 357) y la de 10 de febrero de 1956 (G. J., T. LXXXII, Pág. 149). "La revisión es técnicamente una acción promovida contra la autoridad de la cosa juzgada".* — En providencia de agosto 30 de 1973, la Corte NIEGA la solicitud de revisión propuesta por Alfonso Sanchez Salas, en cuanto al proceso que le fue adelantado, y en el cual, mediante sentencia ejecutoriada de la Brigada de Institutos Militares le fue impuesta la pena principal de 6 años y 8 meses de presidio, como responsable de los delitos de homicidio frustrado y contra funcionarios públicos. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez ... 318
- IRA. REQUISITOS.** — *Se ratifica la doctrina de noviembre 30 de 1970 y la de noviembre 6 de 1972. La ira no constituye atenuante de la responsabilidad, sino la causa o motivo de ella, siempre y cuando se haya suscitado "por grave e injusta provocación" de la víctima.* — La Corte, por providencia de 30 de agosto de 1973, NO CASA la sentencia de 7 de noviembre de 1972 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual se condenó a Pablo Enrique Sánchez Guarín a la pena de 8 años de presidio y a las accesorias correspondientes, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez ... 321
- TECNICA DE CASACION.** — *La casación no es una nueva instancia que permita la revisión total del proceso. La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas.* — Mediante auto de 30 de agosto de 1973, la Corte DECLARA DESIERTO el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Víctor Gallego Arias contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por la cual se condenó al citado Gallego a la pena de 4 años, 6 meses de presidio por el delito de robo imperfecto. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez ... 327
- NULIDAD.** — *La competencia para celebrar la audiencia pública de juzgamiento le corresponde a la Sala Penal de Decisión respectiva, según lo manda el artículo 30 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento penal de acuerdo con la norma que trae el artículo 8º, del estatuto procesal penal.* — Por auto de 4 de septiembre de 1973, la Corte DECLARA NULO todo lo actuado dentro del proceso seguido por el Tribunal Superior de Pasto contra el ex-Juez Promiscuo Municipal de El Charco Luis Córdoba, a partir del proveído por el cual se cita para audiencia pública para juzgamiento, inclusive, a fin de que se reponga la actuación. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez ... 330
- VIOLACION DE LA RESERVA DEL SUMARIO.** — *Aplicando el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, la viola-*

Página.

Página.

ción de la reserva del sumario no es un delito, sino una contravención especial cuya investigación y juzgamiento debe adelantarse de acuerdo con los artículos 71 y 55 del Decreto 522 de 1971. — Por auto de septiembre 7 de 1973, la Corte —Sala Penal— DECLARA NULO lo actuado a partir del auto que ordenó la apertura de la investigación, dictado el 2 de marzo del año en curso del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y DISPONE que vuelvan las diligencias al Tribunal de origen para que se adopte el procedimiento propio de la infracción investigada. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez ... 332

ROBO CALIFICADO. — *La Corte reitera la jurisprudencia sobre que con el robo calificado (Art. 404) no juegan las modalidades específicas del hurto previstas por los artículos 398 y 399, pues con la aplicación del 404 queda doblemente reprimido el robo en sus manifestaciones más graves y sería aberrante y contrario a la equidad, hacer todavía otro aumento. (Casación, 27 de Sep. de 1955, G. J., T. LXXXI, Pág. 310; de 21 de mayo de 1956, G. J., T. LXXXII, Pág. 656, entre otras). — La Corte, por sentencia de septiembre 10 de 1973 CASA PARCIALMENTE el fallo del Tribunal Superior de Cali de 31 de octubre último que condenó a los procesados Ernesto Salazar Ortiz y César Alfonso Rivera Torres a la pena principal de 90 meses de presidio, y en su lugar fija en 5 años y 6 meses de presidio para el procesado recurrente Salazar Ortiz, por el delito de robo. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez ... 334*

CUESTIONARIOS EN LOS CONSEJOS DE GUERRA VERBALES. — *Procesalmente no puede decirse que el cuestionario o cuestionarios, dentro del consejo de guerra verbal, es cuestión equivalente al auto de proceder con que se inicia el juicio con el procedimiento ordinario. El cuestionario o cuestionarios que se propongan a los vocales dentro del consejo de guerra verbal, debe referirse al hecho y a las circunstancias que lo individualizan de acuerdo con las pruebas. — La Corte, por medio de sentencia de 13 de septiem-*

bre de 1973, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la del Tribunal Superior Militar de 10 de agosto de 1972 por la cual le fue impuesta al agente de la Policía Nacional Antonio María Ospina Quiceno la pena principal de 2 años de presidio, como responsable del delito de lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 338

CAUSAL PRIMERA. VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. — *El artículo 12 de la Ley 16 de 1969 suprimió las penas accesorias, de la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial y en consecuencia no se puede aplicar al artículo 58 del Código Penal. — Mediante providencia de 13 de septiembre de 1973, la Corte CASA PARCIALMENTE la sentencia de 22 de octubre de 1970 del Tribunal Superior Militar por medio de la cual condenó a Luis Octavio Ospina Orozco y Marco José Rengifo Varón, Cabo Primero y Dragoneante de la Policía Nacional, en su orden, a la pena principal de 12 y 11 meses de prisión respectivamente, por el delito de hurto; SUPRIME en relación al procesado Rengifo la sanción accesoria de "pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial". Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta ... 347*

AUTO DE PROCEDER. SU EJECUTORIA. — *La providencia ejecutoriada se convierte en ley del proceso y cuando se trata de una que tenga el carácter de calificar el mérito del sumario, clausura de manera definitiva la correspondiente etapa anterior y no puede volverse sobre ella, quedando a salvo, eso sí, las nulidades en caso pertinente. Consecuencia de la ejecutoria de un auto calificadorio del proceso es que él señala el ámbito para la actividad tanto del juez como de las partes, no pudiendo, en ningún caso, hacer más gravosa la situación para el procesado en la sentencia. — Por sentencia de 13 de septiembre de 1973, la Corte CASA la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga que condenó al procesado José de Jesús Garcés Murillo a la pena principal de 4 años de presidio como responsable del delito de homicidio, y en su lugar lo*

Página.

Págs.

condena a un año de presidio y a las accesorias de pérdida de la patria potestad e interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena principal. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez

354

REVISION. — *"Hecho nuevo" es cualquier suceso o acontecimiento no conocido o no debatido dentro del proceso penal, de cuya plena demostración surge, bien la inocencia o la no responsabilidad del condenado, o bien el indicio grave de tal inocencia o irresponsabilidad. Ratifica así la Corte las providencias de 10-VII-60, 14-III-69 y 3-III-72.* — Agotado el trámite de rigor, la Corte, por providencia de 20 de septiembre de 1973, NIEGA la revisión del juicio seguido contra Carmenza Mariño de Pedroza, quien fue condenada por sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja de fecha 27 de octubre de 1972, a 2 años y 6 meses de prisión por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez

361

PECULADO. DELITO CONTINUADO. — *La figura del delito continuado es materia que cuestiona la doctrina jurídico-general, pues al paso que una corriente sostiene la tesis de la ficción en virtud de la cual debe verse un solo hecho en las varias violaciones de la ley, otra se pronuncia en favor de la múltiple realidad delictiva, y una tercera afirma la realidad del delito unitario. Pero en el sistema colombiano el texto expreso se impone a cualquier clase de reflexiones que, fundados en cualquier motivo se le opongan. Estima el texto que varias acciones delictivas unificadas en el designio del agente, integran una unidad, criminosa, y a esa noción es preciso atenerse.* — Por auto de 20 de septiembre de 1973, la Corte CONFIRMA el segundo sobreseimiento temporal dictado por el Tribunal Superior de Medellín en favor de Luis Gaviria Jaramillo, en razón de los cargos que le hizo la Procuraduría (Seccional de Rionegro) en su condición de Juez Promiscuo Municipal de San Carlos. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez

366

VEREDICTO. — El veredicto es la respuesta del jure al cuestionario que el juez somete a su consideración. El cuestionario debe reflejar con exactitud los hechos calificados por el juzgador *en el auto de proceder.* Mediante sentencia de 27 de septiembre de 1973, la Corte NO CASA la sentencia de fecha 24 de noviembre de 1972 del Tribunal Superior Militar que condenó al procesado Luis Flaminio Lizarazo Mojica —agente de la Policía Nacional—, a la pena principal de 8 años de presidio por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero

369

SALA DE CASACION LABORAL

SUBROGACION DE OBLIGACIONES LABORALES. — (Cambio de un patrono privado por otro de la misma índole o por uno oficial que reemplaza a otro de igual carácter). — La Corte por sentencia de julio 24 de 1973, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en el juicio de Víctor Manuel Espinel Blanco contra la Fundación "Universidad de Pamplona" y por auto de agosto 17 de 1973 ACLARA la anterior sentencia. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia

374

ORGANISMO OFICIAL. — La existencia de un organismo oficial requiere necesariamente un acto legal o administrativo que lo cree o que autorice su creación. La Corte por sentencia de julio 31 de 1973, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Leonardo García contra la Clínica Materno Infantil de Yumbo. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia

400

VACACIONES. — El cargo debe rechazarse, como lo pide el opositor, no sin agregar que su cuestión de fondo aparece ajustada a derecho, pues lo que se pactó como salario básico fue la suma que se reconoció por el tiempo en que no hubo fumigación, y la adicional para este trabajo

Página.

Página.

no se debía para cuando él no se cumpliera. Estas estipulaciones no contrarían concepción laboral alguna y no procedía desconocerles validez. Por lo que ese tiempo no laborado de cuatro meses en cada año constituyó vacación, legalmente remunerada, y carecían de fundamento la pretensión de un valor mayor y la indemnización por no haberse cubierto aquella en la cantidad reclamada en la litis. La Corte por sentencia de agosto 11 de 1973, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Germán Herazo B. contra Empresa Colombiana Agrícola y Trabajos Aéreos Ltda. "Cayta". Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón ... 404

ENTIDAD OBLIGADA AL PAGO DE PRESTACIONES DE TRABAJADORES OFICIALES. — La obligación de pagar las prestaciones de los trabajadores oficiales no está a cargo de la entidad que fue patrono de ellos, sino a cargo de la Caja respectiva. La Corte por sentencia de agosto 13 de 1973, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en el juicio de Alvaro Pinzón Escamilla contra la Universidad del Cauca. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina ... 408

HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia de 16 de agosto de 1973, FALLA: Primero. Son INEXEQUIBLES los siguientes ordenamientos del laudo arbitral de fecha veintiocho (28) de marzo de 1973, que decidió el conflicto de trabajo entre la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y la Unión de Marineros Mercantes de Colombia "Unimar": a) El parágrafo de la decisión primera en cuanto dispuso un aumento del 30% respecto a la sobrerremuneración mensual fija de los enfermeros; b) El parágrafo de la decisión décima, sobre descanso compensatorio para trabajo nocturno, y c) La frase del punto 14 de la sentencia arbitral, sobre salario por trabajo ajeno, en cuanto dispuso que "toda fracción de hora se pagará como una hora completa". Segundo. Homologáanse los ordenamientos primero y segundo del mismo laudo sobre aumento de salario y de la sobrerremuneración fija mensual de los

capitanes, jefes ingenieros y contadores en cuanto reajustó en un 100% la prima de servicios, en el entendimiento que respecto a tales puntos se dio en la parte motiva de esta providencia. Tercero. En lo demás, HOMOLOGASE el laudo arbitral de la fecha y procedencia conocidas. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviña Salazar ... 416

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION. — La Corte, por providencia de 17 de agosto de 1973, NO ADMITE el recurso de casación interpuesto contra el fallo inhibitorio que dictó, el 23 de junio de 1973, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el ordinario de trabajo promovido por Luis Alvaro Navarrete Forero contra la Caja de Compensación Familiar "Zona Industrial" (Indufamiliar). Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón ... 440

HONORARIOS DE LOS LIQUIDADORES. — El recurrente presenta como recaudos las daciones en pago, concepto que no puede admitirse para los efectos pretendidos, y que los honorarios legales de los liquidadores no pueden estimarse en sí mismos como salario. La Corte por sentencia de agosto 17 de 1973, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Niño Niño contra Fondo de Empleados del Banco Cafetero, en liquidación representado por el señor Ariel Jaramillo Jaramillo. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina ... 443

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. — Las granjas agrícolas o los terrenos propios de las Secretarías de Agricultura de los Departamentos destinados a esa finalidad, tienen analógica identidad con las granjas o terrenos destinados por los particulares para esos mismos fines de la agricultura. La Corte por sentencia de agosto 20 de 1973, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alvaro Malaver Rodríguez contra el Departamento de Cundinamarca y el Instituto de Seguridad So-

	Págs.		Págs.
cial. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.	446	lombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.	459
PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION. Si el sentenciador interpretó correctamente el parágrafo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 en el sentido de que no eran acumulables los servicios prestados a la administración pública mediante un contrato de trabajo con los prestados a través de una relación de derecho público, aplicó debidamente la norma al no hacerla producir efectos ante el hecho no discutido de que el trabajador no estuvo vinculado con un contrato de trabajo durante el tiempo exigido para tener derecho a la pensión especial, que sólo se complementaría si se le agregara el servido en virtud de una relación de derecho público, situación esta última que a juicio del fallador, no contempla la norma sustancial. La Corte por sentencia de agosto 21 de 1973, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Aristóbulo Moreno Vélez contra Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Seccional de Antioquia (I.C.S.S.). Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco, C.	453	DOCUMENTO PUBLICO. — Los documentos públicos en general, son los otorgados por funcionario público en ejercicio de su cargo, o con su intervención (Arts. 251 y 252 del C. de P. C.). La Corte por sentencia de septiembre 7 de 1973, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Botero Perdomo contra la Nación (Ministerio de Obras Públicas). Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.	467
SUSTITUCION PATRONAL. — De acuerdo con el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo hay sustitución de patronos cuando se presenta un cambio de patronos, la continuidad de la empresa y la continuidad del trabajador en el servicio. El cambio de un patrón por otro puede ser por cualquier causa: venta, arrendamiento, cambio de razón social, etc., y de una persona natural por otra natural o jurídica, o de una persona jurídica por otra jurídica o natural. La continuidad de la empresa se refiere a lo esencial de las actividades que venía desarrollando, y la continuidad del trabajador o su permanencia en la empresa cuando se produce el cambio con la subsiguiente prestación de los mismos servicios al nuevo patrono. La Corte por sentencia de agosto 27 de 1973, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Edgardo Manotas Vilches contra Naviera Fluvial Co-		TRABAJADORES DE LOS FERROCARRILES. (Ferrocarril de Paz del Río S. A.). — Los trabajadores oficiales de ferrocarriles fueron excluidos de todo el régimen de derecho individual del Código, incluido el de prestaciones sociales, y los trabajadores ferroviarios de empresas particulares lo fueron únicamente del régimen de pensiones, quedando sometidos a su normación en todo lo demás. La Corte por sentencia de septiembre 17 de 1973, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alberto Avendaño contra Acerías Paz del Río S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.	480
		SALARIO DEVENGADO Y COMISIONES CAUSADAS. — El punto por resolver es, pues, el de si el fallo transcrito interpretó erróneamente los artículos 253 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo y el 8º del Decreto 2351 de 1965 al no computar dentro del salario " <i>devengado</i> " "en el último año de servicios" las participaciones y comisiones <i>causadas</i> antes de dicho año, pero <i>recibidas</i> por el trabajador en éste. La Corte por sentencia de septiembre 20 de 1973, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Eduardo Vallejo contra A. Aristizábal y Cia. S. A. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia	492
		LIBRE FORMACION DEL CONVENIMIENTO. — La sana crítica instituida para el proceso laboral conforme a las pautas del	

Página.

artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, obliga respecto de cada medio legal de prueba y de todos en conjunto a establecer la verdad real, que no siempre se halla en esa manifestación general, al término de la vinculación, así se la suscriba sin reservas, sino que ha de reconocérsela, con examen también de las demás probanzas y de las dichas circunstancias relevantes. La Corte por sentencia de septiembre 27 de 1973, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de César Augusto Melo Gómez contra Ciba Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón ... 505

EDAD PROBABLE. TABLAS DE GARUFFA.

La Corte por sentencia de octubre 2 de 1973, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Inés Paniagua de Herrera en su propio nombre y en el de sus hijos contra las Empresas Públicas Municipales de Medellín. Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B. 519

RECTO ENTENDIMIENTO DEL DECRETO

2497 DE 1963. — La Corte por sentencia de octubre 11 de 1973, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alfonso Hernández de Alba contra Laboratorios Undra S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Benavides Patrón ... 525

BUENA FE PATRONAL. —

Las excepciones del patrono se apoyan en el documento por el cual consideraba que había solucionado sus obligaciones laborales. Aunque la compensación o transacción allí consignada no tenga validez para liberar de esas obligaciones, mientras no hubiera declaración en tal sentido, ello constituía una razón atendible aunque finalmente no fuera eficaz para que el patrono dejara de pagar lo que con algún fundamento consideraba no deber. La Corte por sentencia de octubre 17 de 1973, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Benito Rodríguez Díaz contra Vicotécnica Limitada, Luis Guillermo Páez Beltrán y Clara Inés Ce-

Página.

peda de Páez. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina ... 532

UNIDAD DE EMPRESA. —

En el caso de las personas jurídicas para que se dé el hecho de la unidad de empresa debe existir una sociedad principal y filiales o subsidiarias de la primera que debe predominar económicamente y que, además, la principal, junto con las filiales o subsidiarias, deben cumplir actividades similares, conexas o complementarias. La Corte por sentencia de octubre 19 de 1973, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Medardo Aguilar Cabarcas contra Cervecería Aguila S. A. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar ... 542

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

(Honorarios profesionales). — Planteado el cargo en la forma transcrita carece de proposición jurídica completa, pues tratándose como se trata de un contrato de mandato, según lo calificó el Tribunal, que graduó los honorarios con base en la tarifa del Colegio de Abogados y como lo tipifica el propio demandante, es obvio que las normas principalmente violadas, si en realidad lo fueron, debieron ser las que rigen dicho contrato, sobre todo las que imponen al mandante la obligación de cubrir los honorarios pactados o los usuales. La Corte por sentencia de octubre 30 de 1973, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Bernardo Trujillo Calle contra Virginia Castaños de Saldarriaga. Magistrado ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia ... 552

INDEMNIZACION POR MORA EN EL CASO DEL ARTICULO 1º DEL DECRETO

797 DE 1949. — El artículo 1º del Decreto 797 de 1949 señala un plazo de 90 días a partir de la terminación del contrato, para que la entidad oficial pague el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos; y prescribe la indemnización moratoria a partir del vencimiento de ese plazo. La Corte por sentencia de noviembre 8 de 1973, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de

	Págs.		Págs.
Francisco Baquero Morales contra Empresa de Licores de Cundinamarca. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina	560	las causales señaladas en la ley, sin tener en cuenta la calificación que a ellos les den las partes. La Corte por sentencia de diciembre 13 de 1973, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Héctor Darío Gómez Calderón contra Papeles Scott de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco G.	564
CAUSALES DE TERMINACION DE LOS CONTRATOS. — Hay ciertas causales de terminación de los contratos de trabajo que deben examinarse objetivamente por el juez. El juzgador debe limitarse a analizar los hechos y encajarlos dentro de			

INDICE Y JURISPRUDENCIA

A

1

ABUSO DEL DERECHO A LITIGAR

Se requiere temeridad o malicia para incurrir en responsabilidad.

El artículo 2341 del Código Civil consagra el principio de que todo perjuicio causado por dolo o culpa, obliga a su autor a la cabal indemnización. No se exige una determinada culpa para que surja la obligación de resarcimiento. Es suficiente una culpa sin calificación, una culpa cualquiera, desde luego que no es indispensable que el autor del daño haya actuado con intención positiva de inferirlo o que se requiera, específicamente, que se le declare reo de una determinada clase de culpa.

Y como el derecho de cada cual va hasta donde empieza el de su prójimo, resulta evidente que cuando su ejercicio traspasa este límite, tal actividad puede implicar un claro abuso del derecho, que si se origina en proceder culposos de su titular, compromete la responsabilidad personal de éste si causa daño a terceros. Quien actúa así, no puede liberarse entonces del deber de indemnizar perjuicios, afirmando: *feci, sed iure feci*, pues en principio, los derechos subjetivos no pueden ejercitarse en ámbitos que no estén tutelados por un interés serio y legítimo. Cuando su ejercicio se sale de esta esfera, el titular de la facultad de obrar conforme al derecho y su actuar se torna típico abuso del mismo: tal el motivo para que, con razón, hayan dicho los Mazeaud que no se nos han conferido nuestros derechos para que los ejerzamos con un fin puramente egoísta, sin tener en cuenta el influjo que pueda tener su ejercicio sobre nuestros seme-

jantes, y que el interés social debe tener un sitio junto al interés individual del titular del derecho ejercido.

Ahora bien, como no son los mismos los elementos de la responsabilidad por abuso de un derecho subjetivo o por el del empleo de vías de derecho, necesario, será advertir que, acogiendo en el punto lo que la doctrina francesa sostiene sobre el abuso de estas últimas vías, el nuevo Código de Procedimiento Civil (Arts. 71, 72, 73 y 74), para deducir responsabilidad a los terceros intervinientes, a las partes o a sus apoderados por los perjuicios que, con sus actuaciones procesales, causen a su adversario o a terceros, exige expresamente que esos actos sean fruto de la temeridad o de la mala fe.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial de la Corte sobre el abuso del derecho, no sufre modificaciones relativamente a que el titular de un derecho subjetivo, cuando abusa en su ejercicio, no ya en las vías de derecho que utiliza por alcanzar su efectividad, compromete su responsabilidad personal, si por cualquier especie de culpa, con tal proceder causa daño. Y existe culpa, entonces, siempre que el titular del derecho haya obrado como no hubiera obrado un individuo diligente y juicioso, situado en las mismas circunstancias externas que el autor de la culpa.

En resumen, quien cometa abuso en la elección de las vías de derecho, es decir, en sus actuaciones procesales, también debe indemnizar el daño que cause, mas sólo cuando su proceder haya sido temerario o malicioso. Y, en cambio, quien es reo del mismo abuso, mas no ya por la elección de vías de derecho, se hace responsable, en principio, siempre que en su actuar haya obrado culposamente, a pesar de que su proceder no pueda calificarse como temerario o malintencionado.

Ahora bien, como la responsabilidad civil por abuso de derechos subjetivos, generalmente en nada se separa de los lineamientos principales de la culpa aquiliana, o de la contractual, en su caso, síguese que al demandante no le basta con acreditar la existencia de ese abuso con la calidad de culposo, sino que es menester que demuestre el daño que haya padecido y la relación de causalidad entre éste y la culpa alegada. El abuso del derecho, pues, como especie de responsabilidad civil, sólo puede ser fuente de indemnización cuando se prueba que existen los tres elementos clásicos de ella: culpa, daño y relación de causa a efecto entre aquélla y éste (Casación civil, 11 de octubre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 82, 1ª y 2ª, y 83, 1ª).

2

ACCESION

De edificación o plantación en suelo ajeno.

La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella. (Art. 713 C. C.).

Los artículos 738 y siguientes del Código Civil regulan el fenómeno jurídico en virtud del cual el dueño de un inmueble pasa a serlo de lo que por accesión se le junta incorporándolo a su patrimonio, y este resultado se obtiene sin que para ello se realice o se cumpla tradición alguna, en virtud de que ésta no es el modo; lo es la accesión.

El Código Civil en el artículo 739 prevé dos casos en punto de edificación o plantación sobre suelo ajeno:

- a) Cuando el propietario ignoró que se edificó o plantó en su heredad, y
- b) Cuando se construye, planta o siembra a ciencia y paciencia del propietario.

En el primer caso "el dueño del terreno tendrá derecho a hacer suyo el edificio o la plantación mediante ciertas indemnizaciones o también el de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder".

En el segundo caso, no puede recobrar el terreno sino pagando el valor de la edificación, construcción o plantación, y no

puede obligar al mejorador a comprarle tierra ocupada.

El dueño del terreno en que otra persona ha edificado o plantado, lo es también de la construcción o plantación, y puede enajenarla como propia, sin limitación ni restricción alguna en el dominio que transmite, pues los bienes han venido a constituir una sola entidad; y quien plantó o edificó tiene un crédito personal contra quien era el dueño del suelo, al plantarse aquélla. En tratándose de predios rurales, los principios antes expuestos sufren variaciones según las reglas generales que regulan esa materia (Casación civil, 15 de diciembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 163, 2ª y 164, 1ª).

3

ACCIDENTE DE TRABAJO

El accidente de trabajo es un fenómeno típico del derecho laboral y toda indemnización correspondiente nace a la vida jurídica de las regulaciones que trae al respecto.

Nótese que el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo aplicado por el Tribunal a este asunto, se refiere tanto al accidente de trabajo como a la enfermedad profesional, entidades que no pierden su carácter laboral por el hecho de que permitan una indemnización mayor: "la total y ordinaria de perjuicios", "cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono", pues la existencia de tales entidades, sus diversos aspectos, la calificación de las incapacidades, la tabla de valuación de las mismas, etc., se regulan por dicho Código y no por el civil. La incidencia de éste tiene lugar únicamente para efecto de calcular el monto de la indemnización total u ordinaria de perjuicios; pero el derecho mismo a ella surge de las prescripciones laborales respectivas, bien se trate de accidente o ya de enfermedad profesional.

Más aún: la obligación de satisfacer la indemnización "total u ordinaria de perjuicios" cuando el accidente se debió a culpa comprobada del patrono, no trae su fuente de disposiciones civiles, sino de las del derecho del trabajo, y son, por tanto, las de esta institución las que se quebrantan en primer término, si la suma indemniza-

dora no se debía o era mayor o menor el monto de la impuesta en la sentencia.

La comparación con la acción civil dentro del proceso penal que el casacionista efectúa, no viene, pues, al caso. Y el único en que en verdad sólo se sigue el procedimiento laboral, no obstante que la naturaleza de lo demandado no corresponde al Código Sustantivo del Trabajo, es el regulado por el Decreto 456 de 1956 "sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen". En todos los demás eventos, la jurisdicción laboral conoce tan sólo de los procesos originados en un contrato de trabajo y el que, en determinadas circunstancias, puedan aplicarse normas del Código Civil no varía la naturaleza de tales procesos.

Ahora bien, el artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral estableció el recurso de casación ante esta Sala de la Corte "con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo", razón por la cual dicho recurso debe intentarse sobre la base de violación de disposiciones sustanciales de ese orden, sin perjuicio de que, junto a ellas, puedan haberse quebrantado preceptos de otros códigos, con la sola excepción, ya indicada, de los procesos incoados por aplicación del Decreto 456 de 1956. (Sala de Casación Laboral. Enero 24 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 138, 1ª y 2ª).

4

ACCIDENTE DE TRABAJO E INCAPACIDAD

La incapacidad como consecuencia de la negativa del trabajador a recibir atención médica suministrada por el patrono e incapacidad derivada del accidente de trabajo en sí mismo considerado.

Erró pues el Tribunal al dar a esa prueba un valor probatorio que no tiene, y aplicó indebidamente el artículo 208 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto como se dejó anotado en cargo anterior, cuando de la aplicación de este precepto se trata, la incapacidad debe ser consecuencia de la negativa del trabajador a re-

cibir la atención médica que le suministra el patrono y no aquella incapacidad derivada del accidente en sí mismo considerado, que es el caso de autos, porque la incapacidad padecida por el demandante fue resultado inmediato del aludido accidente. (Sala de Casación Laboral. Febrero 7 de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 176, 2ª y 177, 1ª).

5

ACCION Y EXCEPCION

También tiene dicho la doctrina que el proceso civil, considerado subjetivamente como vínculo jurídico, sirve para fusionar dos relaciones, que si bien son distintas se hallan sin embargo estrechamente ligadas: la que media entre el actor y el Estado (relación jurídica de acción); y la que existe entre el demandado y el Estado (relación jurídica de excepción o de contradicción).

Pero si la acción y la excepción se asemejan porque tanto la una como la otra constituyen un poder jurídico, precisa observar que mientras la primera corresponde al que tiene todo sujeto de derecho de acudir al órgano jurisdiccional para reclamar la satisfacción de una pretensión suya, la segunda equivale al de que se halla investido el demandado y que lo habilita para oponerse a la pretensión contra él promovida por el demandante. En ambos casos se habla de poder jurídico, puesto que así como el derecho de accionar que pertenece a toda persona existe sin consideración a que su pretensión sea fundada o infundada, el derecho de contradicción nace desde el momento en que es admitida la demanda, independientemente de la razón o sin razón de la defensa esgrimida por el demandado.

La excepción, que es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción, existe cuando el demandado se opone a la pretensión del actor, mediante la invocación de hechos que tienden a destruirla, modificarla o simplemente a paralizarla en sus efectos. La diferencia que existe entre la acción y la excepción se encuentra también en que al paso que el demandante tiene la iniciativa para incoar el proceso, el demandado carece de ella, teniendo en cambio la obligación de soportar las consecuen-

cias que emanan de dicha iniciativa del actor.

Cuando, como sucede en el evento de la demanda de reconvención, el demandado a su vez toma la iniciativa, formula en el proceso pretensiones propias e independientes de las de su demandante y entonces, en tal acontecer, también asume el carácter de actor (Casación civil, 27 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 76, 2ª).

6

ACCION Y PRETENSION

La acción se ejercita con la demanda; pero como en dicho libelo también se encuentra deducida la pretensión, que es el objeto concreto perseguido por el demandante en cada caso, no es posible empero reducir a uno solo estos dos institutos procesales, pues a más de que no solamente por sus sujetos sino también por su objeto son disímiles, la pretensión consiste en la afirmación que hace el actor de ser titular de un derecho sustancial, para el cual impetra tutela jurídica.

Y como en el proceso contencioso la pretensión, considerada en su sentido estricto, generalmente conlleva la exigencia frente a otra persona de ciertas prestaciones o declaraciones obligatorias para ella, por lo que es forzoso deducirla a través de una demanda, tampoco es posible calificar de tal a la excepción, puesto que ésta, como se ha visto, sólo tiene un sentido particular de defensa o de oposición específica al objetivo concreto que persigue el demandante (Casación civil, 27 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 76, 2ª, y 77, 1ª).

7

ACUMULACION — PRORROGA
DE JURISDICCION

En materia penal, conforme a lo estatuido en el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, uno de los casos en que hay lugar a acumulación es cuando contra un mismo procesado se estuvieren siguiendo dos o más juicios. Preséntase en tales situaciones pre-

vistas en el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, una verdadera prórroga de jurisdicción, no sólo con respecto de la materia, sino también del territorio, si una de las infracciones se cometió en lugar de otra jurisdicción.

En este caso de acumulación, tratase de una pluralidad de delitos autonomos, independientes, sin otra vinculación que la del sujeto activo, pues las infracciones conexas se deben investigar y fallar en un mismo proceso, por mandato del artículo 168 de la obra citada.

En esta hipótesis, la acumulación tiene varios fines: a) La economía procesal, como que un mismo juez, por los trámites de un solo juicio decide los diversos asuntos u objetos procesales, esto es, que se logra "la eficacia del derecho con el mínimo de actividad jurisdiccional"; b) El mejor aprovechamiento de la prueba producida en las causas acumuladas, en orden al estudio de la personalidad del reo y al examen de los hechos imputados, y c) La evitación del cúmulo material de penas que resultaría del juzgamiento separado de las infracciones en el supuesto de sentencias condenatorias, puesto que en juicios acumulados, si el fallo es condenatorio, hay que dar aplicación al artículo 33 del Código Penal, según el cual al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave aumentada hasta en otro tanto.

Preséntase en tales situaciones, previstas en el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, una verdadera prórroga de jurisdicción, no sólo con respecto de la materia, sino también del territorio, si una de las infracciones se cometió en lugar de otra jurisdicción.

Y es que es palmar, como apunta el Procurador, que el lugar de la comisión de los delitos es factor de competencia especial frente al general de la naturaleza del hecho. Mas la norma que establece la competencia territorial (Art. 41 del C. de P. P.) admite, lo mismo que las de la competencia funcional (Arts. 32 y siguientes ibídem) excepciones. Entre las excepciones sobre competencia funcional pueden traer-

se a cuento las consagradas en los artículos 39 y 168 de la obra en cita. Y la acumulación de juicios es, precisamente, una de las excepciones que comporta la competencia territorial respecto de procesos tramitados en diferentes distritos judiciales. En estos supuestos se cumplen a cabalidad los fines asignados a la acumulación. (Sala de Casación Penal, 24 de noviembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 205, 2ª y 206, 1ª).

8

ACUMULACION DE TIEMPOS DE SERVICIO EN LA PENSION PROPORCIONAL DE JUBILACION

Lo esencial es que todos los servicios, cualquiera que sea el patrono o empleador oficial, se basen en un contrato de trabajo para fines de su acumulación.

Cuando un trabajador trata de acumular servicios prestados continua o discontinuamente por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, a servicios que ha prestado en el sector oficial, pero por medio de una relación de derecho administrativo, para efectos de obtener el reconocimiento y pago de la pensión especial o proporcional vitalicia de jubilación contemplada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, no es posible admitirle tal acumulación; y ello a pesar de que, por razones obvias, los últimos servicios hayan sido precisamente originados en un contrato de trabajo con la administración pública o con establecimientos públicos descentralizados, sin que para nada importe que los anteriores hayan nacido de una relación de derecho administrativo, puesto que lo esencial y lo que se viene exigiendo por la expresada jurisprudencia es que todos los servicios, cualquiera que sea el patrono o empleador oficial, se basen en un contrato de trabajo para fines de su acumulación. (Sala de Casación Laboral. Abril 30 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 323, 2ª).

9

LA ADMINISTRACION PUBLICA Y SUS SERVIDORES

El criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de éste, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios.

En sentencia de dos de octubre de 1970, dijo esta Sala de Casación Laboral de la Corte:

“No aparece ni el error de hecho manifestado, ni la equivocada interpretación del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 de que el casacionista acusa la sentencia, pues el criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de éste, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios”.

“Nótese cómo el precepto citado dice relación a las funciones de la entidad y no a las del trabajador a ella ligado, según surge con claridad de su sola lectura, así: ‘No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental, o municipal no constituyen contratos de trabajo, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas o manejadas por éstos en la misma forma’.”

“Por otra parte, la regla general es la de que el que sirve a la administración nacional, departamental, municipal, etc., es empleado público, y sólo por excepción son trabajadores oficiales, es decir, ligados por contrato de trabajo, los que laboren en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, en empresas industriales, etc, que se exploten con fines de lucro o en instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma”.

Por la época de la terminación de la relación administrativa, 6 de septiembre de 1968 (folio 2), no eran aplicables al caso los decretos citados por los opositores, que

iniciaron su vigencia en diciembre del mismo año.

En sentencia de dos de agosto de 1972 dijo la Sala de Casación Laboral en pleno: Sin embargo, una consideración más detenida de aquellos decretos conduce a la Corporación en pleno a rectificar la antecitada doctrina, porque, de un lado, el primero de los mismos es de carácter extraordinario, dictado en ejercicio de las facultades de tal índole, concedidas al Presidente de la República, y no es jurídicamente posible que una ley resultare aclaratoria o interpretativa de un decreto reglamentario; para que este fenómeno ocurra la norma aclaratoria o interpretativa ha de ser de la misma categoría de la aclarada o interpretada; de otro modo lo que sucede es que el precepto legal deroga o modifica el del decreto reglamentario. Y entonces éste, tendría vigor hasta la entrada en vigencia de la ley, sin que ella pueda mirarse incorporada en aquél o como parte integrante suya.

“De otro lado, cuando el legislador interpreta con autoridad una disposición, lo hace en otra similar en que de modo claro, si no expreso, aparece el propósito interpretativo. Y el Decreto 3135 es un estatuto de carácter general “por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”, que no muestra ese propósito, sino el de regular íntegramente la materia y derogar todas las disposiciones que le sean contrarias, según reza el último de sus artículos.

“En consecuencia, tampoco era aplicable al caso sub judice el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 por no tener carácter declaratorio o interpretativo del 4º del 2127 de 1945”.

La falta de apreciación del documento del folio 40, sobre monto de la retribución recibida, no incide en la decisión, que se apoya sobre la naturaleza de la relación.

Por lo anterior, es claro que no hubo error de hecho en la apreciación probatoria, ya que la norma legal se refiere a instituciones y no a servicios idénticos a los que se prestan en las empresas particulares (Sala de Casación Laboral, febrero 12 de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 188, 2ª y 189, 1ª y 2ª).

10

ADOPCION DEL DECRETO 2351 DE 1965 COMO LEGISLACION PERMANENTE

Cuando la acusación no versa sobre la vigencia de norma, del Decreto 2351 de 1965 sino sobre su propio contenido, como en el presente caso, no se requiere citar la Ley 48 de 1968, que adoptó aquél como legislación permanente pues el asunto consiste en el ordenamiento sustancial de aquél y no en si rige por razón de la otra, de modo semejante a como la Corte nunca ha exigido respecto de normas del Código Sustantivo que se incluya en el cargo el precepto de ley que le dio permanencia en la legislación laboral. (Sala de Casación Laboral. Mayo 17 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 344, 1ª).

11

ATRACO

En la legislación penal colombiana no existe la calificación de “atraco” para ninguno de los delitos que ella describe.

Importa aclarar igualmente que en la legislación penal colombiana no existe calificación de “atraco” para ninguno de los delitos que ella describe, pues la figura contemplada en el artículo 405 está incluida en el capítulo que trata “Del Robo”, y este es el nomen juris para el hecho a que se refiere.

El libelo impugnatorio debe contener, por mandato del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, además del resumen de los hechos debatidos en juicio y del señalamiento de la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, la indicación en forma clara y precisa de los fundamentos de ella y la cita de las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas. (Sala de Casación Penal. Bogotá, veintiuno de agosto de mil novecientos setenta y tres. Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

12

AUTO DE PROCEDER. SU EJECUTORIA

La providencia ejecutoriada se convierte en ley del proceso y cuando se trata de una

que tenga el carácter de calificar el mérito del sumario, clausura de manera definitiva la correspondiente etapa anterior y no puede volverse sobre ella, quedando a salvo, eso sí, las nulidades en caso pertinente.

Consecuencia de la ejecutoria de un auto calificadorio del proceso, es que él señala el ámbito para la actividad tanto del juez como de las partes, no pudiendo, en ningún caso, hacer más gravosa la situación para el procesado en la sentencia.

Antes de entrar a confrontar el cargo con las piezas procesales pertinentes, es necesario tener en cuenta las siguientes nociones fundamentales acerca del auto de proceder, de su ejecutoria, de la armonía que debe reinar entre aquél, el cuestionario, el veredicto y la sentencia y de la principal característica del segundo veredicto emitido por el jurado, a lo cual se procede, así:

"El auto de proceder, llamado también de enjuiciamiento o de vocación a juicio —ha sostenido la Corte—, es el pliego de 'cargos' que el Estado, a través de un órgano jurisdiccional competente, presenta al procesado para que se defienda por los medios lícitos que crea convenientes. En él se formula al procesado una determinada acusación, por uno o varios delitos; se concreta el objeto de la relación jurídica; se delimita el ámbito del juicio, y se sientan las bases de la sentencia, que ha de decidir el asunto condenando o absolviendo al inculcado por las infracciones que en él se le hayan atribuido" (Gaceta Judicial, T. CXXXIII, página 170).

De acuerdo con el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal: "Momento de la ejecutoria", "Toda providencia en el proceso penal queda ejecutoriada cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno dentro del término legal y no debe ser consultada". La providencia ejecutoriada se convierte, pues, en ley del proceso y cuando se trata de una que tenga el carácter de calificar el mérito del sumario, clausura de manera definitiva la correspondiente etapa anterior y no puede volverse sobre ella. De lo contrario los procesos se harían inacabables. De esa manera, el proceso se va apuntalando firme y definitivamente, quedando a salvo, eso sí, las nulidades, en caso pertinente. Consecuencia de la ejecutoria de un auto calificadorio del proceso, es que él

señala el ámbito para la actividad tanto del juez como de las partes, no pudiendo, en ningún caso, hacerse más gravosa la situación para el procesado en la sentencia.

Con relación a la armonía que debe existir entre el auto de proceder, el cuestionario que debe someterse a la consideración del jurado en los juicios en que éste interviene y su veredicto y la sentencia que lo desarrolla, es preciso tener en cuenta las siguientes disposiciones del Código de Procedimiento Penal:

"Artículo 533. Cuestionario al jurado. El cuestionario que el juez someterá al jurado, al principiar la audiencia pública, se formulará así: N. N. es responsable de los hechos (aquí se determina el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder determinando las circunstancias que lo constituyan, sin darles denominación jurídica)".

"Artículo 519. Concordancia de la sentencia con el veredicto. En los procesos con intervención del jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate".

De ahí que la Corte haya dicho con toda razón:

"Entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia debe haber consonancia, porque el auto de proceder es el pliego de cargos que la sociedad le hace al sindicado; el veredicto es la clasificación que da el jurado a los hechos de que se vindica al culpable en el enjuiciamiento, y la sentencia es la aplicación de los preceptos de derecho a los hechos calificados por el jurado (C. de P. P., Arts. 431, 480, 499 y concordantes). Pero es necesario saber hasta dónde debe llegar aquella consonancia o armonía. En los juicios por jurado no le corresponde al juez de derecho sino aplicar las sanciones al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que acompañen al agente y su personalidad (C. P., Art. 33). Pero en cuanto a los hechos con las circunstancias que los especifiquen o modifiquen, tiene que atenerse rigurosamente a la calificación que el jurado les dé (C. de P. P., Art. 480), o, si encuentra que el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos, debe así declararlo y convocar un

nuevo jurado (Art. 537). De no ser así se desvirtuaría o mejor, se desconocería la institución del jurado”.

En resumen de lo anterior se tiene: cuando no es rechazado el veredicto por alguna causa legal, la sentencia debe dictarse en concordancia con él. Agréguese a lo anterior que el proferido por el segundo jurado es definitivo (C. de P. P., Art. 565, In. 3º) y, en consecuencia, obligatorio para el fallador. (Sala de Casación Penal. Bogotá, 13 de septiembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 357, 2ª y 358, 1ª y 2ª).

13

B

BIENES HERENCIALES

(Su administración).

Siguiendo los lineamientos generales del Código Civil y la doctrina jurisprudencial en el punto, el legislador colombiano de 1970, mediante el artículo 595 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente reglamentó la administración de los bienes herenciales y de los de la sociedad conyugal, desde la apertura del proceso de sucesión, hasta cuando se ejecutorie la sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación. Las reglas que al respecto contiene dicho precepto son las siguientes:

a) La administración de los bienes hereditarios corresponde al albacea con tenencia de bienes, que haya aceptado el cargo; b) Existiendo sociedad conyugal disuelta e ilíquida, el albacea con tenencia de bienes, conjuntamente con el cónyuge sobreviviente, tiene la administración de los que integran la sociedad conyugal; c) A falta de tal albacea, la administración corresponde a todos los herederos, junto con el cónyuge si la sociedad conyugal está ilíquida; d) En caso de discordia entre el cónyuge y el albacea sobre la administración de los bienes sociales, cualquiera de ellos puede pedir el secuestro de éstos; y e) Si surgen diferencias respecto al manejo de los bienes entre los varios herederos, o entre éstos y el cónyuge superviviente, cuando no hay albacea con tenencia, cualquiera de aquéllos o el cónyuge puede optar por uno de estos dos caminos: 1º Pedir al juez que tramita la

mortuoria que resuelva tales discrepancias, el que debe decidir la solicitud mediante auto proferido “de plano si no hubiere hechos que probar o mediante incidente en caso contrario”; y 2º Solicitar a dicho Juez que decrete y practique el secuestro definitivo de los bienes. (Casación civil, 5 de noviembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 113, 1ª y 2ª).

14

BONIFICACION VOLUNTARIA

El Código Sustantivo del Trabajo, según lo preceptúa el artículo 13, contiene el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores, que no puede ser afectado o desconocido en forma alguna. Pero sobre ese mínimo pueden los trabajadores obtener derechos y prestaciones en cuantía superior a la legal, o diferentes de los mismos, entre otros medios por concesión voluntaria del patrono, como que el derecho del trabajo es un derecho dinámico cuya finalidad inmediata es lograr el mejoramiento constante de la clase trabajadora.

Este cargo como los dos anteriores, omite señalar como violadas las normas que consagran el derecho al descanso remunerado en domingos y días de fiesta. Sin embargo, como en él no se discute la obligación del patrono de remunerar dichos descansos, sino que se afirma que la suma de sesenta y tres mil pesos (\$ 63.000.00) recibida por el demandante no constituía una mera liberalidad y que dicho pago debe aplicarse a las condenas proferidas por el Tribunal Superior, entre las cuales se encuentran las referentes al reajuste del auxilio de cesantía, vacaciones y prima de servicios, cuyas normas consagradoras fueron citadas como infringidas, se estudiará el cargo por estar completa la proposición jurídica en este aspecto. En el fallo acusado, en relación con los sesenta y tres mil pesos (\$ 63.000.00) adicionales recibidos por el trabajador demandante, el Tribunal Superior se expresó en relación con la posibilidad de imputar dicho pago al de las condenas proferidas, en la siguiente forma: “En la liquidación final hecha al demandante, folios 7 a 9, además de lo que estimaba deberle por cesantía, va-

caciones, prima legal y comisiones de los últimos días de servicio, se le reconoció y pagó la suma de \$ 63.000.00 por concepto de "valor bonificación voluntaria", según lo consigna el documento. En la audiencia ante la Sala, el señor apoderado de la parte demandada después de referirse a los cargos del libelo, a cuya prosperidad se opuso, agregó que "en subsidio y en la hipótesis de que le resultare alguno, favorable al actor, es de justicia reconocer la excepción compensatoria, hasta concurrencia, de la bonificación" mencionada... "En el escrito de respuesta había indicado la compañía demandada que la bonificación fue cubierta" por vía de magnanimidad y en atención al largo tiempo de servicios a la compañía sustituidora y sustituta... El Código Sustantivo del Trabajo, según lo preceptúa el artículo 13, contiene el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores, que no pueden ser afectados o desconocidos en forma alguna. Pero sobre ese mínimo pueden los trabajadores obtener derechos y prestaciones en cuantía superior a la legal, o diferentes de los mismos, entre otros medios por concesión voluntaria del patrono, como que el derecho del trabajo es un derecho dinámico, cuya finalidad inmediata es lograr el mejoramiento constante de la clase trabajadora. En esta forma los reconocimientos extralegales hechos por el patrono, por razón de los servicios prestados por el trabajador, tienen un motivo que los explica y justifica previsto en la ley. En el caso concreto que se decide, la llamada "bonificación voluntaria" fue cubierta en atención al largo tiempo de servicios a la compañía 'sustituidora y sustituta', es decir, tenía el carácter de prima de antigüedad, por el largo servicio prestado en condiciones de eficiencia, o sea que tenía una destinación específica y una causa dentro de los principios del derecho del trabajo, y por ello, porque no es un pago por error o indebido, no puede imputarse a alguno otro de los derechos mínimos que según la ley corresponden al demandante y que le han sido reconocidos en este fallo".

De lo transcrito se observa que el ad quem estimó que la bonificación voluntaria fue cubierta en atención al largo tiempo de servicios a las sociedades demandadas o sea que tenía el carácter de prima de anti-

güedad. Este soporte del fallo se apoya en prueba del proceso no censurado y que es fundamental por cuanto el Tribunal da por demostrado que existió una causa para el pago de los \$ 63.000.00, no ha sido atacado por el recurrente. Mientras subsista, no puede llegarse a la conclusión de que se incurrió en el error evidente de hecho de no dar por probado que la demandada pagó al demandante una suma de dinero sin que éste tuviera derecho o causa jurídica para dicho pago, como lo afirma el impugnador.

Por otra parte de la liquidación de prestaciones sociales, no se deduce con evidencia que la suma de \$ 63.000.00 constituía un pago por concepto de descansos dominicales y festivos, auxilio de cesantía, vacaciones y prima de servicio, porque en el respectivo documento, folio 30, la partida correspondiente se denominó "valor bonificación voluntaria". La manifestación que hace el demandante al firmar dicha liquidación de que Comestibles La Rosa S. A. se encontraba a paz y salvo con él por concepto de "prestaciones sociales, en especial de cesantías, indemnizaciones legales y laborales, así como sueldos, primas, vacaciones y salarios en general", no indica con claridad que los \$ 63.000.00 que aparecen como bonificación voluntaria constituía un pago de prestaciones sociales y salarios, pues si se dio como bonificación no puede imputarse, salvo convenio claro y expreso, a un saldo pendiente por prestaciones sociales y salarios. Lo mismo debe decirse de la absolución de posiciones, en las cuales el demandante reconoció que había recibido sesenta y tres mil quinientos pesos como saldo de prestaciones y aclaró que la empresa demandada no estaba a paz y salvo con él por todo concepto, porque no le liquidaba ni pagaba los festivos y dominicales, factor de salario que incidió en el mayor valor de las prestaciones sociales que el Tribunal Superior liquidó con base en el correspondiente salario aumentado.

Por último, la afirmación del Tribunal Superior de que los \$ 63.000.00 recibidos por el demandante constituían bonificación voluntaria, tiene respaldo tanto en el documento de liquidación a que se ha hecho referencia como en la contestación a la demanda, en que se afirmó que Comestibles La Rosa S.A. "procedió a liquidar y pagar

al demandante, señor Arango Osorio, las prestaciones sociales a que tenía derecho, agregando a dicha liquidación, por vía de magnanimidad y en atención al largo tiempo de servicios a la compañía sustitutora y sustituta, nada menos que la suma de sesenta y tres mil pesos (\$ 63.000.00) que aquélla llamó, como en realidad es, "Bonificación Voluntaria". Ante la segunda de las pruebas, cuya apreciación no ha sido censurada, bien podía concluir el Tribunal Superior como lo hizo, si de las otras pruebas a que se refiere el recurrente no surgía con claridad una conclusión diferente.

En relación con la inspección ocular, dicha prueba no se practicó. Al no aparecer con evidencia el error de hecho de la apreciación o inapreciación de las pruebas a que se refiere el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 y que fueron analizadas, es inoficioso examinar la acusación en relación con el dictamen pericial. (Sala de Casación Laboral. Febrero 1º de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 154, 1ª y 2ª, y 155, 1ª y 2ª).

15

BUENA FE PATRONAL

Las excepciones del patrono se apoyan en el documento por el cual consideraba que había solucionado sus obligaciones laborales. Aunque la compensación ó transacción allí consignada no tenga validez para liberar de esas obligaciones, mientras no hubiera declaración en tal sentido, ello constituiría una razón atendible aunque finalmente no fuera eficaz para que el patrono dejara de pagar lo que con algún fundamento consideraba no deber.

Por lo anterior, no puede entenderse que la posición patronal en la falta de pago obedezca a engaño, mala fe o malicia. De allí que no sea aplicable la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. (Sala de Casación Laboral. Octubre 17 de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 540, 2ª).

16

CAPACIDAD LEGAL PARA COMPARECER EN JUICIO LOS MAYORES DE 16 AÑOS

De ahí que a los mayores de 16 años ya no tenga que hacérseles designación de aque-

lla clase de curadores, ni con relación a ellos tampoco tenga que reclamarse la presencia de su representante legal, pues, se repite, la ley les ha reconocido plena capacidad procesal para comparecer en juicio en el campo penal.

Dispone la primera parte del artículo 48 de la Ley 75 de 1968: "Para todos los efectos legales de orden penal relacionados con menores de edad, ésta queda reducida al máximo de dieciséis años". Claramente dispone ella que para todos los efectos legales de orden penal, la minoría de edad encuentra su límite en los 16 años, es decir, que tal disposición le dio plena capacidad procesal al mayor de 16 años para comparecer en juicio penal, plenitud de capacidad procesal que repugna toda clase de curadurías para cualquier acto y que por tanto la descarta. Esto explica por qué el nuevo Código de Procedimiento Penal, posterior a la ley cuya norma acaba de citarse, no traiga en su articulado aquellas antiguas disposiciones con relación a los curadores a los cuales se refieren los correspondientes incisos de los artículos 104 y 349 atrás indicados y sí, por el contrario, reproduzca literalmente en su artículo 664: "Capacidad penal. Para todos los efectos legales de orden penal relacionados con menores de edad, ésta queda reducida al máximo de dieciséis años". De ahí que a los mayores de 16 años ya no tenga que hacérseles designación de aquella clase de curadores ni con relación a ellos tampoco tenga que reclamarse la presencia de su representante legal, pues, se repite, la ley les ha reconocido plena capacidad procesal para comparecer en juicio en el campo penal.

Ahora bien: como aquella norma (Ley 75 de 1968, Art. 48) que reconoció en este sentido plena capacidad a los mayores de 16 años ya se encontraba vigente cuando se inició la presente investigación, conclúyese que la argumentación presentada por el demandante para sustentar este cargo carece de fundamento, por lo cual no puede prosperar.

Sirva también lo anterior para dejar sentado que no puede aceptarse la pretensión del censor en el sentido de que el inciso 2º del artículo 104 del antiguo Código de Procedimiento Penal aún se encuentra vigente.

Y, agréguese a ello, en contra de esta pretensión, el que rotundamente dispuso el artículo 769 del nuevo estatuto sobre la materia: "Derogación de normas procesales". "El Decreto 1345 de 4 de agosto de 1970 y las normas sobre procedimiento penal ordinario que no se encuentren incluidas en este Código, quedan derogadas" Ahora bien: Aquel inciso 2º del artículo 104 del anterior estatuto procesal penal ordinario, que era una norma precisamente de esa naturaleza, no fue incluido en la nueva codificación. De donde es preciso concluir que por esta no inclusión quedó claramente derogado. Pretender sostener su vigencia también iría contra la plena capacidad de los mayores de 16 años para comparecer en juicio penal, según acaba de verse. (Casación penal, 23 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 295, 1ª y 2ª).

17

CARGOS EN CASACION

(Su autonomía).

Es la autonomía de los cargos y su individualidad propia lo que obliga considerar los varios propuestos como independientes los unos de los otros, sin que por tanto le sea dado a la Corte estudiarlos sucesivamente a efecto de complementar el uno con otro u otros, conducta ésta que de otra parte contrariaría el procedimiento establecido en el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual debe estudiarlos sin otra prelación que la derivada de su orden lógico, absteniéndose de considerar los restantes si halla procedente alguno, salvo cuando el examen sucesivo de los cargos se haga necesario porque el que encuentre próspero "sólo verse sobre parte de las resoluciones de la sentencia y se hubieren propuesto otros respecto de los demás". (Casación civil, 29 de octubre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 100, 2ª y 101, 1ª).

18

CASACION

La falta de aplicación de una norma no es un concepto de violación en la casación

laboral, donde la causal primera indica como tales conceptos la interpretación errónea, la infracción directa y la aplicación indebida. Si la falta de aplicación de la norma proviene de la ignorancia de ella o de la rebeldía del sentenciador, contra el precepto la violación constituye una infracción directa, pero si la falta de aplicación es la causa de la aplicación de otra norma que no rige la situación de hecho, bien directamente o a través de errores de hecho o de derecho, la violación se produce por el concepto de aplicación indebida. Por tanto, la acusación de violación de la ley por falta de aplicación, constituye en casación laboral una formulación antitécnica del cargo. (Sala de Casación Laboral. Marzo 20 de 1973).

19

CASACION

(Distintos actos que integran su trámite).

Dentro de los actos procesales que según la ley regulativa del trámite de la casación son relevantes los siguientes: la interposición del recurso, que se traduce en la manifestación del litigante hecha ante el juez que ha proferido el correspondiente fallo de ejercer este medio de impugnación: la concesión, o sea la resolución judicial en el sentido de aceptar la postulación del recurrente; la decisión de la Corte admitiéndolo; la presentación de la demanda de casación, o sea el escrito mediante el cual se fundamenta el recurso interpuesto, concedido y admitido; el traslado de ella al opositor; y finalmente, el pronunciamiento de la sentencia.

Pero si bien todos estos actos se hallan concatenados entre sí existiendo entre ellos íntima relación, a tal punto que la realización de los primeros determina la existencia de los subsiguientes, ellos son sin embargo distintos, no sólo por la oportunidad para su ejercicio sino también por la finalidad que a cada uno se atribuye. Consiguientemente no es dable desconocer su separación ni menos refundirlos en uno solo, para afirmar, como aquí lo hace la recurrente que la presentación de la demanda es parte integrante del acto de interponer el recurso

de casación; o que, éste sólo queda interpuesto cuando se presente la respectiva demanda.

Si el artículo 369 del Código de Procedimiento Civil dice que el recurso de casación debe interponerse en el acto de notificación personal de la sentencia, o mediante escrito presentado dentro del plazo perentorio indicado en dicha norma, que obvia y naturalmente es anterior a la admisión; y si el artículo 373 ejusdem preceptúa que "admitido el recurso" se da traslado al recurrente para que formule su demanda, se impone aceptar que la interposición del recurso, como acto procesal, queda totalmente surtido en el momento en que el litigante haga la manifestación pertinente y no cuando formule la demanda de casación.

Y siendo ello así, la excepción que en punto de no oír al litigante deudor de la revalidación del papel trae el antecitado artículo 104, procede aplicarla cuando se trate de conceder el recurso extraordinario y no cuando ya concedido y admitido éste, el recurrente presente su demanda de casación o formule otras peticiones. De no aceptarse esta interpretación habría que decir que los artículos 103 y 104 del Código de Procedimiento Civil, no tienen aplicación en la casación, lo que, por tratarse de normas de carácter general, no parece que haya sido el pensamiento del legislador.

Cuando el artículo 104 citado, mediante su primer inciso, dispone que si la parte requerida para que revalide el papel común "no lo hiciere en el término de ejecutoria, no será oída en el proceso hasta cuando suministre estampillas de timbre nacional por el doble del valor del papel debido", reglamenta una situación jurídica de carácter general, la cual por tanto debe gobernar todos los casos que se edifiquen sobre los supuestos de hecho que ella requiere.

Así, pues, a pesar de que dicho precepto no dice concretamente que se deba declarar desierta la demanda de casación presentada por el deudor de la revalidación del papel, esa es y debe ser la decisión que se impone por proyectarse en tal acontecer la regla general; pues admitir en ese supuesto la demanda de casación implica, contra lo que dicha norma prohíbe, oír al litigante que no ha cumplido con el requerimiento, y por lo mismo, hacer nugatoria la

sanción establecida para quien no ha observado una conducta exigida y cuya realización es facultativa de su parte.

Con base en la preceptiva legal contenida en el referido artículo 104, ha dicho la doctrina de la Corte que el litigante deudor de la revalidación recobra su derecho a ser oído en el proceso, pero a partir del momento en que haya efectuado la revalidación ordenada. Lo cual significa que el acatamiento extemporáneo de la conminación judicial le hace renacer al requerido el derecho a ser oído, pero no que la sanción desaparezca retroactivamente.

Que es esta la interpretación racional de la norma, lo corrobora el procesalista colombiano Devis Echandía, quien como coautor de ella expresa en el punto: "Para aplicar dicha sanción al deudor de esta especie de multa, es necesario requerirlo primero por auto del juez, para que haga la revalidación, y que no obedezca en el término de ejecutoria de dicho auto. Sin embargo, cuando se haga la revalidación después de dicha ejecutoria, pero antes de que el juez haya dictado el auto rechazando la petición, debe oírse a ésta, porque el impedimento ya no existirá". (Compendio de Derecho Procesal, Tomo III, página 102, Lición 1972. Subraya la Corte).

Luego, si en el caso presente se hizo la revalidación pero después de haberse rechazado la demanda de casación, no podría hoy, sin irrespetar el principio de la preclusión que impera en el procedimiento civil, admitirse una demanda que, por efecto de la sanción anteriormente vigente, sólo debe considerarse presentada el 26 de julio (día de la revalidación), es decir, fuera del término señalado al efecto por el artículo 373 del Código de Procedimiento Civil (Casación civil, 16 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 56, 1ª y 2ª, y 57, 1ª y 2ª).

Si bien es cierto que los motivos de casación son autónomos e independientes, no lo es menos que el recurrente debe ajustarse a la lógica jurídica y no colocarse en la si-

guiente posición inconciliable cuando sustenta la causal primera, niega todo valor al dicho de la ofendida y pide la absolución del acusado; mas cuando arguye en favor de la cuarta, acepta la versión de aquélla y por lo tanto solicita la nulidad del juicio.

1. Observa con plena razón la Procuraduría al refutar el cargo, que si bien es cierto que los motivos de casación son autónomos e independientes, no lo es menos que el recurrente debe ajustarse a la lógica jurídica y no colocarse en la siguiente posición inconciliable: Cuando sustenta la causal primera, niega todo valor al dicho de la ofendida y pide la absolución del acusado; mas cuando arguye en favor de la cuarta, acepta la versión de aquélla —que de suyo implica un cambio del delito— y por tanto solicita la nulidad del juicio.

2. En verdad, la ostensible falta de lógica en los planteamientos anteriores son suficientes para descalificar el cargo.

Ha expresado la Corte, de otro lado, que cuando se invoca como motivo de casación la nulidad del juicio por error en la denominación jurídica del delito, según el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, son indispensables dos argumentaciones concurrentes: la primera referida al tipo que se afirmó, con la demostración de cómo la norma que se aplicó fue indebida; y la segunda, también suficientemente demostrada, en el sentido de cuál debió ser la norma aplicable, o, por mejor decir, cuál la infracción que debió reconocerse por el juzgador.

Desde luego, no basta plantear la tacha. Es preciso demostrarla. Y no es posible aceptar la conclusión a que pretende llegar el actor sin que medie siquiera el más somero análisis jurídico acerca de los elementos estructurales de las infracciones descritas por los artículos 316 y 326 del Código Penal, y por qué razones los hechos criminosos que el sentenciador encontró probados no responden al nomen juris que se les asignó en el vocatorio, sino al de una figura criminosa distinta (Sala de Casación Penal, 27 de septiembre de 1973, Tomo CXLVII).

21

CASACION

Violación directa de la ley sustancial.

“La aplicación indebida de la ley —porque se aplicó una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado— es una de las formas de violación directa que impone al recurrente en casación la doble obligación de aceptar los hechos en la forma plasmada en el fallo y la de exponer las razones de la equivocada aplicación de la norma cuestionada.

“En el presente caso el actor desconoció los hechos demostrados en la sentencia y omitió referirse a la norma o normas legales que en su concepto han debido aplicarse por el juzgador ad quem.

“Segunda. En orden a demostrar el quebranto de la ley penal sustantiva por indebida aplicación, el recurrente acudió a la vía indirecta, es decir, respecto de la misma situación jurídica (coautoría o complicidad necesaria) alegó simultáneamente la violación directa y la indirecta con lo que faltó al principio lógico de contradicción ya que no se pueden aceptar y negar a la vez los hechos en que se apoya la decisión.

“Tercera. Los mismos planteamientos aducidos para sustentar el cargo por aplicación indebida de la ley los hace extensivos y valederos para “demostrar” la equivocada interpretación de las normas legales que menciona. Se repite así el mismo error de técnica (Sala de Casación Penal, 26 de febrero de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 399, 2ª).

22

CASACION — TECNICA

Autonomía e independencia de las causales de casación.

“Cuarta. El demandante confunde “las causales” de casación con los “cargos” formulados a la sentencia creando confusión y desorden en el planteamiento de la censura. Así, por ejemplo, cobija bajo la segunda causal de casación la errónea interpreta-

ción de la ley que equivale a un segundo cargo hecho al amparo de la causal primera de casación.

“Quinta. Condiciona el éxito de la “tercera” causal invocada —segunda contemplada por la ley— a la previa aceptación de alguna de las causales propuestas con lo cual quebranta el principio de que los motivos de casación son autónomos e independientes con ámbito de acción definido en la ley y gobernados por principios de ineludible observancia. (Sala de Casación Penal, 26 de febrero de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 399, 2ª).

23

CASACION — TECNICA

Contenido de la demanda. Cuando se aleguen varias causales en el recurso, se deben exponer en Capítulos separados, los fundamentos relativos a cada una.

Con respecto a la exigencia de que se indiquen en forma clara y precisa los fundamentos de la causal invocada, citando las normas sustanciales que el actor estime infringidas, ha expresado la Corte en numerosas oportunidades que obedece al principio de que lo juzgable en el recurso extraordinario de casación no es el asunto materia del proceso como *thema decidendum*, sino la sentencia del Tribunal ad quem como *thema decisum*, a la cual ampara una presunción de acierto. Lo que explica, con suma claridad, que sólo sea posible juzgar de tal sentencia a la luz de las acusaciones formuladas en la demanda, “en la forma concreta y definida en la ley del recurso”.

Cuando de la causal primera se trata, la exigencia de la precisión impone al actor la obligación de fijar con exactitud el modo como se ha infringido la ley sustancial. Dicho de otra manera: que determine claramente si ese quebranto se produjo en forma directa, sin que provenga de yerro alguno —de hecho o de derecho— en la estimación de las pruebas; o por vía indirecta, a causa de uno cualquiera de tales errores en la apreciación probatoria. Si la censura fuera

por violación directa, habrá de concretar el sentido mismo en que ésta hubo de ocurrir: por falta de aplicación (la norma pertinente se deja de aplicar al hecho probado en el proceso), por aplicación indebida (cuando se pretende que determinado texto legal regule una situación ajena a su imperio), o por interpretación errónea (el fallo acusado le confiere al precepto de la ley un alcance contrario a su recto entendimiento). Mas si el soporte de la acusación fuere el error de derecho, tiene el deber de demostrar que la sentencia impugnada estimó el mérito de los elementos de juicio contrariando los preceptos legales que regulan el valor de los diferentes medios probatorios, ya por haberles negado el que la ley les asigna, ora por atribuirles el que ésta no les concede. No basta, pues, citar la norma de disciplina probatoria que se supone vulnerada por el sentenciador; es preciso demostrar el error mismo. Finalmente, si la impugnación parte del error de hecho en la apreciación de una prueba trascendente, vale decir, con virtualidad en el aspecto decisorio, no podrá excusarse de alegar sobre ese punto demostrando la equivocación fáctica, que necesariamente habrá de consistir en que el sentenciador ignore la prueba que obra en el proceso; o, por el contrario, suponga la que no se halla en él “hipótesis ésta en que cabe al caso de haber desfigurado la prueba, haciéndola decir lo que ella no expresa, lo que lógicamente implica el suponer un medio de convicción que no existe”.

6. El anterior numeral recoge, condensada al máximo, la esencia de la doctrina largamente elaborada por la Sala en torno a la causal primera de casación, de la cual fluyen los siguientes corolarios: a) Al amparo del referido motivo no procede, en principio, alegar simultáneamente error de hecho y de derecho respecto de la misma prueba; b) Es inadmisibles acusar promoviendo un replanteamiento valorativo de la prueba, con el propósito de que la Corte adquiriera una convicción opuesta o diferente a la que se formó el juzgador de instancia; c) No incurre el sentenciador en error de derecho cuando por error de hecho no ha valorado una prueba, lo cual significa que cada especie de error tiene eficacia intrínseca para

servir de base a la operación dialéctica que patentiza o evidencia el quebranto de la norma de derecho penal material, sin que uno de tales yerros tenga que apoyarse en el otro, ni sea el de derecho una consecuencia del de hecho. Es oportuno recordar, finalmente, que dentro de la terminología propia del recurso la expresión "error de derecho" está referida al que se comete en relación con preceptos reguladores de la prueba, diferenciándolo así del error jurídico en que puede incurrir el sentenciador respecto de otras normas legales. (Sala de Casación Penal, 29 de noviembre de 1973, Tomo CXLVII).

24

CASACION — TECNICA

Cuando se invoca la causal primera, debe señalarse concretamente cuál de las diversas posibilidades de casación que contiene es la que se toma como base de la solicitud y ajustar a ella la estructura de la demanda.

Ya en repetidas oportunidades, esta Sala, como lo expresa la Procuraduría, ha insistido en que si se invoca la causal primera, debe señalarse concretamente cuál de las diversas posibilidades de casación que contiene es la que se toma como base de la solicitud y ajustar a ella la estructura de la demanda porque cada una de esas hipótesis es diferente de las otras y requiere planteamientos también distintos a los de éstas.

En efecto, existe, en primer término, una diferencia sustancial entre los dos incisos del numeral primero de la disposición mencionada: el primero de ellos supone que se aceptan los hechos del proceso. El segundo, en cambio, implica que no se está conforme con los que consideró establecidos el juzgador.

Y en tanto que aquel inciso tiene como base el quebranto directo de la ley, el segundo plantea una violación indirecta de la misma. En otras palabras: el primero implica la infracción de la norma legal por haberse dado a los hechos que sirvieron de base a la sentencia y que el demandante acepta como ciertos, una interpretación re-

nida con la ley. El segundo, en cambio, presupone que el sentenciador consideró establecidos hechos que, en concepto del recurrente, no lo están.

De otro lado, a la demostración de cualquiera de las hipótesis del primer inciso se llega estableciendo ora que se dejó de aplicar una disposición legal que era pertinente al caso, es decir, que existiendo una norma legal que subsume éste, el juzgador no le dio aplicación (infracción directa), o bien que consideró que le era aplicable una disposición que, en realidad, no lo contemplaba (aplicación indebida) o finalmente, que si bien le aplicó la norma pertinente, le dio a ésta un alcance mayor o menor al correspondiente (interpretación errónea).

Por lo que hace al segundo inciso, o sea la violación indirecta, el quebranto de la ley se ha causado a través de la consideración que de las pruebas ha hecho el juzgador, sea porque dejó de estimar determinado elemento de convicción existente en los autos o porque tuvo como demostrado un hecho sin que obrara la prueba pertinente o, finalmente, porque le dio a una que sí existía en el proceso, un alcance distinto del que le asigna la ley, siempre y cuando que, en cualquiera de estas hipótesis, se trate de un hecho fundamental en el proceso y el error aparezca manifiesto en los autos. (Sala de Casación Penal, 30 de agosto de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 302, 2ª y 303, 1ª).

25

CASACION — TECNICA

La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas.

"El recurso de casación tiene por finalidad primordial velar por la recta y auténtica aplicación de la ley. Su objeto, dice Manresa, "es contener a todos los tribunales y jueces en la estricta observancia de la ley e impedir toda falsa aplicación de ésta y

su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia".

"Mediante ese medio extraordinario, cuando el ataque a la sentencia es de fondo, como quiso hacerlo aquí el recurrente, se persigue corregir la infracción de la ley sustancial, por no aplicación de una disposición legal al caso probado en autos y abstractamente regulado por ella (infracción directa), o por aplicación de la norma a hecho no gobernado por ella (aplicación indebida), o porque se le haya atribuido a la norma un alcance diverso al que realmente tiene (interpretación errónea).

"La casación no es una nueva instancia, que permita la revisión total del proceso en su situación fáctica y en las cuestiones jurídicas. En ella se plantea un juicio de derecho limitado, que comprende únicamente el examen de los vicios que la parte recurrente imputa a la sentencia acusada y dentro de precisos motivos para determinar, mediante el estudio comparativo del fallo con la ley, si ésta ha sido o no correctamente aplicada por el tribunal de última instancia.

"Por el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación, es deber del recurrente formular con claridad y precisión los motivos de ataque a la sentencia impugnada, dentro de los establecidos en la ley, y fundamentarlos de tal manera que permita a la Corte el estudio del juicio de derecho contenido en el fallo, y comprobar si en éste se ha violado la ley y por qué concepto.

"La casación es un remedio técnico y la demanda que lo sustenta está sometida a condiciones de forma y de fondo cuya observancia es indispensable para su admisión y para que subsista respecto del recurrente, como expresa Fenech, "el derecho al examen y ulterior decisión del Tribunal de Casación". Tales condiciones están contempladas en la legislación colombiana en el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, que establece:

"La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sus-

tanciales que el recurrente estime infringidas.

"Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una" (Providencias de 12 de agosto de 1969) (G. J. T. CXXXI, página 265 y de 30 de agosto de 1973. El artículo 63 del Decreto 528 citado, corresponde al actual 576 del C. de P. P.).

Al examinar el escrito presentado como demanda en el caso sometido a estudio, se encuentra:

a) Que no contiene un verdadero resumen de los hechos materia del debate, ya que en las cuatro líneas y media que a ello dedica, el demandante apenas los enuncia de manera superficial;

b) Que no expresa en ninguna parte, de manera precisa y concreta, cuál es la causal que aduce para pedir la infirmación del fallo. Y si se pensara que se trata de la primera de las consagradas por el artículo 580 del estatuto procesal penal, no se determina ni argumenta en cuál de sus modalidades;

c) Por último, no dio cumplimiento legal en cuanto determina la forma como deben formularse y desarrollarse los cargos. (Sala de Casación Penal, 9 de noviembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 202, 1ª y 2ª).

26

CASACIÓN — TÉCNICA

Su finalidad es la de velar por la recta y auténtica aplicación de la ley y no constituye una nueva instancia. El recurrente debe formular con claridad y precisión los motivos de ataque a la sentencia.

"El recurso de casación tiene por finalidad primordial velar por la recta y auténtica aplicación de la ley. Su objeto, dice Manresa, "es contener a todos los tribunales y jueces en la estricta observancia de la ley e impedir toda falsa aplicación de ésta y su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia".

"Mediante ese medio extraordinario, cuando el ataque a la sentencia es de fon-

do, como quiso hacerlo aquí el recurrente, se persigue corregir la infracción de la ley sustancial, por no aplicación de una disposición legal al caso probado en autos y abstractamente regulado por ella (infracción directa), o por aplicación de la norma a hecho no gobernado por ella (aplicación indebida), o porque se le haya atribuido a la norma un alcance diverso al que realmente tiene (interpretación errónea).

"La casación no es una nueva instancia, que permita la revisión total del proceso en su situación fáctica y en las cuestiones jurídicas. En ella se plantea un juicio de derecho limitado, que comprende únicamente el examen de los vicios que la parte recurrente imputa a la sentencia acusada y dentro de precisos motivos, para determinar, mediante el estudio comparativo del fallo con la ley, si ésta ha sido o no correctamente aplicada por el tribunal de última instancia.

"Por el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación, es deber del recurrente formular con claridad y precisión los motivos de ataque a la sentencia impugnada dentro de los establecidos en la ley, y fundamentarlos de tal manera que permita a la Corte el estudio del juicio de derecho contenido en el fallo, y comprobar si en éste se ha violado la ley y por qué concepto.

"La casación es un remedio técnico y la demanda que lo sustenta está sometida a condiciones de forma y de fondo cuya observancia es indispensable para su admisión y para que subsista respecto del recurrente, como expresa Fenech, "el derecho al examen y ulterior decisión del tribunal de casación".

Tales condiciones están contempladas en la legislación colombiana en el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, que establece:

"La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas.

"Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una" (Providencias de 12-VIII-69, G. J., T. CXXXI, Pág. 255; 30-VIII-73; 9-XI-73. El Art. 63 del De-

creto 528 citado, corresponde al actual 576 del C. de P. P.). (Sala de Casación Penal. 27 de noviembre de 1973, Tomo CXLVII).

27

CASACION

(Técnica).

Ha repetido invariablemente la Corte que cada uno de los que se formulan en el recurso extraordinario tiene individualidad propia, sin que sea admisible "el dar por reproducidos" o el pedir "que se tengan en cuenta" los argumentos de un ataque anterior para sustentar el siguiente. (Sala de Casación Laboral. Marzo 29 de 1973).

28

CASACION

(Técnica).

El cargo está planteado contra la técnica de este recurso cuando acusa violación indirecta por falta de aplicación de los preceptos que cita, debido a errores de hecho y de derecho, pues la doctrina ha explicado con reiteración que la sentencia absolutoria aplica las normas respectivas al resolver por no encontrar probados los supuestos de hecho que ellas regulan.

Así en sentencia de 3 de agosto de 1972 (Aquilino Flórez contra Empresa de Teléfonos de Bogotá), respecto de un caso similar a la presente, asentó:

"...No ocurre lo mismo con el planteamiento del cargo al sostener que las normas que se indican como violadas 'dejaron de aplicarse debiendo hacerlo', pues es sabido que la falta de aplicación de un precepto constituye la infracción directa típica por haberlo ignorado el sentenciador o por no haberle reconocido validez.

"Pero cuando el juzgador incurre en errores de hecho al estimar las pruebas del proceso lo que hace es aplicar indebidamente las disposiciones que rigen el caso concreto, absolviendo en vez de condenar o a la

inversa, según que el error cometido consista en no dar por probado un hecho, estándolo, o en tenerlo por establecido, sin que sea así. La absolución y la condena conllevan la aplicación de precisas normas legales: en el primer caso por haber encontrado que no se demostraron los supuestos de hecho en que la norma se basa, y en el otro, por haber hallado que esos supuestos fácticos sí fueron debidamente establecidos.

“Un sencillo ejemplo aclara la tesis: si el fallador manifiesta que encuentra probados los elementos requeridos por el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, para la existencia de contrato laboral, condena de acuerdo con esta disposición; pero si halla que dichos elementos o alguno de ellos no concurren en el evento que estudia, absuelve de conformidad con el mismo artículo. En lo primero, afirma que se dan los supuestos de hecho comprendidos en la norma y en lo segundo, lo niega; pero de ambas maneras; positiva o negativamente, aplica el respectivo precepto”. (Sala de Casación Laboral. Enero 18 de 1973).

29

CASACION

(Técnica).

La primera censura a la demanda de casación, de carácter técnico, por parte del opositor, obedece a que el cargo está formulado por aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando lo que hizo el Tribunal fue dejarlo de aplicar, ya que absolvió por la indemnización moratoria. Sin embargo, esta crítica no es fundada, pues el artículo 60 del Decreto 528 de 1964 no contiene como concepto de la violación el de la falta de aplicación —posteriormente establecido por el Código de Procedimiento Civil para la casación de este orden— sino precisamente el de aplicación indebida que empleó el impugnador.

Además, para producir la dicha absolución el fallador contempló la situación de hecho a la luz del precepto referido concluyendo que ésta no estaba asumida por

la voluntad de ley, con lo cual hizo aplicación de la misma, en el sentido de no gobernar el supuesto de hecho. No desconoce la Corte que esta concepción de la aplicación indebida, en la forma de su aplicación, ha sido criticada por algunos autores, que la tachan inclusive de ilógica, pero la jurisprudencia la ha mantenido, con reflexiones como la apuntada. El asunto, en su estimación teórica, ha desaparecido en la legislación civil, posiblemente por influencia de preocupaciones como la expuesta, pero subsiste en la casación del trabajo, que no contempla de modo expreso la falta de aplicación como concepto de la violación de la ley, sino la aplicación indebida, como se ha dicho, y en ésta, como modalidad, la dicha falta de aplicación.

En cambio, asiste razón al opositor cuando señala que la prueba de posiciones no puede mostrarse, en este recurso, como dejada de apreciar, ya que el fallador la tuvo en cuenta para fijar algunos extremos de su decisión. Ciertamente esto fue así y el cargo ha debido expresar mala apreciación de la misma, en lo tocante a las razones atendibles para la buena fe patronal, y no falta de apreciación de ella, de modo semejante a como lo hizo el impugnador respecto del documento contractual.

En lo que se refiere al fondo del ataque, él apoya el error de hecho (buena fe inexistente, a que pueden reducirse los cuatro que presenta) en que las dos piezas reseñadas no contienen las razones atendibles que justifiquen la negación del patrono de la existencia del contrato de trabajo, que el fallador reconoció sin duda alguna. También ha de concederse aquí validez a la argumentación del opositor, sustentada en jurisprudencia constante de la Corte, acerca de que por el hecho de que los juzgadores de instancia encuentren configurado el contrato de trabajo, en razón del análisis probatorio, no puede deducirse automáticamente la mala fe del empleador al desconocer su existencia, sino que es preciso calificar, asimismo conforme a las probanzas, los motivos de la conducta patronal para sancionarla solamente en caso que no aparezca justificada. Y aunque en el sub lite el Tribunal no señaló las piezas que lo hubiesen convencido de que la Clínica “demandada discutió la naturaleza del contrato con razones serias”, esta con-

clusión aparece referida al acervo probatorio, del cual el opositor aduce indicios y testimonios que también podían informar aquel juicio y que no fueron destacados en la acusación. A más de que las dos pruebas en que se ocupa el ataque no evidencian lo que afirma el acusador, pues tanto el documento contractual como las posiciones absueltas por el representante de la demandada contienen, de manera reiterada, estipulaciones y manifestaciones, respectivamente, opuestas a la existencia del contrato de trabajo, las cuales no pueden descalificarse con la sola afirmación del recurrente de que se incorporaron, las primeras, en el documento escrito, para disfrazarlo o desnaturalizarlo y se expresaron, las otras, en negativa temeraria. De lo cual resulta que únicamente se han contrapuesto las opiniones del impugnador a la del fallador, lo que no basta para demostrar el cargo. Debe atenderse, además, a las circunstancias de una ejecución del vínculo durante varios años sin pago de prestaciones y sin reclamo del trabajador, y a la de que según certificado del I.C.S.S., el doctor Bucheli no estuvo afiliado a él por cuenta de la demandada, también sin que se conozca manifestación del trabajador a la Clínica por tal omisión, para que se infiera comprensible que la demandada estuvo en la creencia, sólo destruida en el proceso, de que el mismo trabajador entendía encontrarse en la situación jurídica que concertó por escrito y ejecutó sin reclamo. Frente a todo lo anterior no es posible deducir el error o los errores acusados y menos que ellos tengan el carácter evidente que se requiere para la prosperidad de un cargo de la naturaleza del estudiado. (Sala de Casación Laboral. Enero 31 de 1973).

30

CASACION

(Técnica).

Al casacionista no le basta con anunciar o enunciar el quebrantamiento de la ley en sus preceptos sustanciales concretos; le corresponde también presentar los argumentos que en su concepto establecen las violaciones legales que sostiene, a fin de que

la Corte, al confrontarlos con las consideraciones del fallo acusado, pueda darle la razón al recurrente o negársela. (Sala de Casación Laboral. Mayo 3 de 1973).

31

CASACION

(Técnica).

La falta de aplicación de normas sustantivas constituye un caso típico de infracción directa de la ley.

Esta Sala de la Corte ha expresado frecuentemente que, la falta de aplicación de normas sustantivas constituye un caso típico de infracción directa de la ley, porque esta clase de violación implica necesariamente el desconocimiento de los preceptos que regulan la materia, por parte del fallador, o franca rebeldía contra ellos, es decir que, no los aplica a un caso determinado materia de la litis, porque los ignora o porque no les reconoce validez, y en estas circunstancias la censura contra un proferimiento de tal naturaleza debe efectuarse al margen de toda cuestión probatoria. (Sala de Casación Laboral. Mayo 4 de 1973).

32

CAUSAL PRIMERA — VIOLACION
DIRECTA DE LA LEY

El artículo 12 de la Ley 16 de 1969 suprimió las penas accesorias, de la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial y en consecuencia no se puede aplicar el artículo 58 del Código Penal.

No ocurre lo mismo en cuanto al cargo único aducido al amparo de la causal primera, conforme al cual el fallo recurrido es violatorio de la ley sustancial, porque habiendo suprimido el artículo 12 de la Ley 16 de 1969 la pena accesoria consistente en la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, se le impuso tal pena accesoria al procesado recurrente, Marco José Rengifo Varón.

En verdad, la norma aplicable era la contenida en el mencionado artículo 12 de la Ley 16 de 1969, y no el 58 del Código Penal, porque el precepto sustantivo que en este caso describe la conducta atribuida al procesado, es el artículo 397 de esta última obra, y no otra del Código Penal Militar, razón por la cual la supresión prevista en el artículo 12 era de imperativo cumplimiento al individualizar la sanción. Lo anterior significa que sobre tal punto no asiste razón al Procurador cuando expresa, al contestar el cargo, que la disposición aplicable era la contenida en el artículo 49 del estatuto castrense. Demostró, pues, el impugnante que la sentencia recurrida infringió, con infracción directa, el tantas veces citado artículo 12 de la Ley 16 de 1969. (Sala de Casación Penal, 13 de septiembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 352, 2ª).

33

CAUSAL 1ª

La infracción indirecta no es procedente en los juicios en que interviene el jurado de conciencia.

La infracción directa de la ley sustancial, como específico motivo de casación, puede ser aducida en toda clase de juicios. No así la infracción indirecta, que no es procedente en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los que ha versado el debate.

Y es que —como lo ha sostenido la Corte reiteradamente hasta el cansancio—, en la clase de juicios últimamente citados, los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo o moral convencimiento, y con su veredicto precluye la controversia sobre las mismas. Sólo en el caso de que la veredicción sea manifiestamente contraria a la evidencia de los hechos probados, pueden los juzgadores de las instancias proclamarlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado, cuyo ve-

redicto es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias y no puede, por tanto, plantearse a través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (Art. 580 del C. de P. P.).

De lo anterior fluye que deben desecharse los cargos formulados a la sentencia recurrida al amparo del ordinal primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal en su segundo motivo. (Sala de Casación Penal, 22 de junio de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 506, 1ª).

34

CAUSAL 1ª

La violación indirecta de la ley sustancial no puede proponerse en los juicios en que ha intervenido el jurado de conciencia.

Si, como es sabido y lo reconoce el demandante, en los juicios en que interviene el jurado la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto, es claro que no puede proponerse en casación la causal primera señalada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, alegando violación indirecta de la ley sustancial respecto de los hechos y de la responsabilidad del inculcado, decididos definitivamente por el jurado, pues si fuera dable continuar el examen sobre el valor de las pruebas referentes a esos dos asuntos, la sentencia no tendría su base inmediata en el veredicto, como lo ordena la ley, sino en la certeza formada en los elementos probatorios.

Por idéntica razón, tampoco puede impugnarse un fallo de la naturaleza del aquí recurrido a través de la causal 4ª de casación, cuando el motivo de la nulidad que se aduce se hace consistir en posible yerro cometido en el cuestionario, motivado en error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba, pues ello equivaldría a una desviación inadmisibles de la causal primera hacia la cuarta, pretendiendo por vía indirecta la revisión del conte-

nido probatorio del proceso, lo que está vedado por la ley, que manda, como se dijo, hacer la sentencia de conformidad con el veredicto.

Frente a un veredicto notoriamente injusto o contrario a la evidencia de los hechos, que es lo que en el fondo ha alegado el actor, no existe otro remedio que el de la declaración de contraevidencia, que está reservado, tanto en el Código de Procedimiento Penal (Arts. 565 y 567) como en el Código de Justicia Penal Militar (Arts. 565, 587 y 595), a los jueces de las instancias, por no estar estatuido como motivo de casación. (Sala de Casación Penal, 5 de febrero de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 389, 1ª y 2ª).

35

CAUSAL 1ª

No puede proponerse la violación indirecta de la ley sustancial, en los juicios en que ha intervenido el jurado de conciencia.

Ha sido doctrina uniforme de esta Sala de la Corte que en los juicios en que interviene el jurado no procede el motivo de casación consistente en la violación indirecta de la ley penal sustancial, es decir, la que se origina en manifiesto error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada o determinadas pruebas. Tal doctrina se funda en los siguientes argumentos:

a) El jurado examina tanto los cargos como la defensa del acusado sin atender voz distinta de la personal conciencia, y emite su veredicto según "la convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga", de acuerdo con lo previsto en el artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, que reprodujo el 27 de la Ley 4ª de 1943. No rige, pues, para los jurados la denominada tarifa legal de prueba, ni se les impone la obligación de explicar su veredicto, ni de señalar con base en qué elementos de convicción se basaron, ni cuáles medios probatorios no les merecieron credibilidad. El jurado hace una valoración conjunta del contenido del proceso, de los motivos de la acusación y de los

planteamientos de la defensa, y forma su criterio en conciencia. De ahí que resulte arbitrario afirmar, en un caso dado, que el jurado apoyó su respuesta al cuestionario en tal o cual prueba, o que no tuvo en cuenta esta o aquella prueba, o que incurrió en error de una u otra naturaleza al apreciar determinado elemento de persuasión;

b) En los juicios con intervención del jurado, "la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate", por imperativo mandato del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente, el veredicto constituye la base del fallo, es su fuente inmediate, al extremo de que si el juzgador lo desatiende y, apartándose de él, pronuncia la sentencia con apoyo directo en las pruebas, atribuyéndoles consecuencias legales distintas de las expresadas en el veredicto, respecto de los hechos delictuosos y de la responsabilidad del procesado, el fallo así proferido sería susceptible de casación a voces de la causal 2ª del artículo 580 del referido estatuto;

c) La injusticia notoria del veredicto no está consagrada como motivo de casación en la ley procesal vigente, ni lo estaba tampoco en la anterior, y sabido es que las causales del recurso extraordinario son taxativas y limitan el campo de acción de la Corte, ya que la casación, como tantas veces se ha dicho, no genera una nueva instancia que permita el examen libre del *thema decidendum* del proceso. Cuando de autos resulte "que el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos", así deben declararlo los juzgadores de las instancias, disponiendo al tiempo la convocatoria de un nuevo jurado, cuyo veredicto "es definitivo" (Arts. 565 y 567 del C. de P. P.). Mas esa facultad es privativa del juez del conocimiento y del Tribunal Superior, y si no la ejercitan en un determinado proceso, la Corte carece de poder para esa clase de pronunciamiento, ya que la competencia que ejercita a través del recurso de casación está sometida a los precisos motivos indicados en la ley (Art. 580) para la procedencia de la impugnación, entre los cuales no está incluido, como antes se dijo, el haberse dictado la sentencia con base en un veredicto notoriamente injusto o contrario a la evidencia de los hechos. Y

d) Si, por vía de hipótesis, se admitiera que aun en los procesos en que ha actuado el jurado se puede alegar en casación que la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior es violatoria de la ley sustancial, por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, esto es, por quebranto indirecto de la norma sustantiva, en materias sobre las cuales decidió el jurado y a cuyo veredicto se conformó la sentencia, al prosperar la causal la Corte tendría que casar el fallo impugnado y dictar "el que deba reemplazarlo", dando aplicación al artículo 583, ordinal 1º, del Código de Procedimiento Penal, y por ese procedimiento se llegaría a proferir la sentencia, no "de acuerdo con el veredicto", como lo ordena el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, sino con la certeza generada en el análisis de las pruebas, y, paradójicamente, resultaría protuberante la causal de casación prevista en el ordinal 2º del artículo 580 *ibidem*, por desacuerdo del fallo con el veredicto del jurado. (Sala de Casación Penal, 15 de febrero de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 395, 1ª y 2ª, y 394, 1ª).

36

CAUSALES 1ª Y 4ª

No puede proponerse simultáneamente error en la denominación jurídica y ausencia de prueba en la estructuración de la infracción penal.

Se recuerda lo anterior porque como atrás hubo de expresarse, la primera de las tachas que el actor formula al fallo recurrido con apoyo en la causal cuarta se reduce, en último análisis, a la afirmación de que al procesado se le condenó por el delito de falsedad documental sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de tal infracción y la de que aquél es responsable de ella, tema propio de la causal primera. Se observa, de otro lado, que quien alega error relativo a la denominación jurídica de la infracción acepta la existencia del hecho delictuoso, y sólo se aparta de la calificación o nomen juris que el juzgador le ha dado en el auto de proceder. En otros términos: Contraría los

dictados de la lógica, violando el principio de contradicción, el argüir que se ha denominado equivocadamente un hecho criminaloso inexistente. Importa anotar, por lo demás, que no se advierte en el fallo acusado —como lo cree el demandante— que el sentenciador haya confundido los elementos tipificadores del delito de estafa previsto en el artículo 408 del Código Penal con el de falsedad en instrumentos negociables, sino que, con fundamento en el acervo probatorio del proceso, afirmó la existencia de los delitos de falsedad y estafa, en concurso material.

No prospera, en consecuencia, el cargo estudiado.

El segundo envuelve, por modo esencial, una crítica a la actividad estimativa de la prueba examinada por el sentenciador, pues éste consideró plenamente comprobado el delito de estafa, sin degradación alguna, cuando en opinión del impugnante, "en el peor de los casos" se trata de una estafa imperfecta, error probatorio que produjo, consecuentemente, una violación indirecta del artículo 17 del Código Penal. En suma, se propone un argumento aducible dentro del ámbito de la causal primera, pero absolutamente ineficaz para demostrar, al amparo de la causal cuarta, un presunto error en la denominación jurídica de la infracción. También debe desestimarse, por tanto, este aspecto de la censura. (Sala de Casación Penal, 27 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 439, 2ª y 440, 1ª).

37

CAUSAL 1ª

Violación de ley sustancial.

Tiene declarado la doctrina de la Corte, con fundamento en la preceptiva legal, que la causal primera de casación consiste siempre en la violación de la ley sustancial, en la cual puede incurrir el fallador de tres maneras diferentes: por falta de aplicación, por interpretación errónea y por aplicación indebida; y que como cada uno de estos tres casos deriva de fuentes distintas, se ha exigido, en orden al mejor éxito del recurso y atendiendo a la limitada libertad

con que la Corte actúa en casación, que el recurrente concretamente exprese, con claridad y precisión, por cuál de los tres casos de violación de la ley acusa la sentencia. "De allí que se haya llegado hasta sostener que la Corte no puede tener en cuenta los motivos de casación consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustanciales, cuando el recurrente no expresa el concepto de la infracción o cuando expresando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar" (LXI, 398).

Viólase la ley sustancial por falta de aplicación cuando no se hace obrar el precepto pertinente en el caso controvertido, debiendo haberse aplicado en el fallo; por aplicación indebida, cuando entendida rectamente la norma se la aplica sin ser pertinente al asunto que es materia de la decisión; y por interpretación errónea cuando, siendo la correspondiente, se la entendió sin embargo equivocadamente y se la aplica.

En sentencia de casación de 22 de septiembre de 1972, dijo la Corte en este punto: "Interpretar erróneamente un precepto legal es, pues, en casación, aplicarlo al caso litigado por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde. De consiguiente, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, excluye la falta de aplicación de la misma; y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso del yerro hermenéutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se emplea el precepto que no corresponde al caso litigado".

Y agregó en esa misma providencia: "Es verdad que el juzgador, al desatar el conflicto de intereses que se le ha presentado para su composición, puede dejar de aplicar la norma pertinente de derecho sustancial o aplicar la impertinente por haberla interpretado equivocadamente. Pero así en la primera como en la segunda de estas dos hipótesis el verdadero concepto de la violación, dentro de la técnica del recurso extraordinario, no es la interpretación errónea sino la inaplicación o la aplicación indebida, respectivamente" (Casación civil, 16 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 50, 2ª y 51, 1ª).

38

CAUSAL SEGUNDA

Auto de proceder. Prohibición de especificar el delito en la parte resolutive.

"... Es sabido que el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal prohíbe especificar el delito en la parte resolutive del auto de proceder, ya que en ésta la infracción se determinará por la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo título cuando éste no se divide en capítulos, y... la providencia citada por el demandante trató en forma concreta de la circunstancia de agravación deducida al acusado a folios 137 a 141, y como el auto de proceder fue apelado (cuestión que calla el actor), el Tribunal Superior de Bucaramanga también se ocupó del motivo de asesinato a folios 11 y 12 del cuaderno respectivo y en refuerzo de su tesis transcribió los apartes del concepto fiscal relativos a la alevosía, como condición de indefensión de la víctima".

1. En las instancias, en perfecto acuerdo con lo que indica el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal al ocuparse de los requisitos formales del auto de proceder, se indicó en la parte motiva de los proveídos de primera y de segunda instancia el motivo de agravación del delito de homicidio intencional (Art. 362 y 363-5 del C. Penal) que se hizo al acusado... y, como se dejó expresado, resulta sin fundamento el cargo que hace el demandante.

2. Y aun cuando ningún desacuerdo se tiene entre el auto de proceder y el cuestionario sometido a los jueces de hecho, es de anotar, como lo hace el Ministerio Público, que tal hipótesis es extraña a la causal segunda de casación. (Sala de Casación Penal, 18 de octubre de 1973, Tomo CXLVII).

39

CAUSAL 2ª DE CASACION

En los juicios en que interviene el jurado de conciencia, no es procedente proponer la violación indirecta de la ley.

El actor muy lacónicamente enuncia en su libelo tres elementos de pruebas en cuya

valoración dice pudo haber incurrido en error el tribunal sentenciador. Pero no hace el más mínimo esfuerzo por demostrarlo. Cabe también recordar, como lo hace el colaborador, la muy reiterada jurisprudencia de esta Corporación de acuerdo con la cual, en los juicios en que interviene el jurado "los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo o moral convencimiento, y con su veredicto precluye la controversia sobre las mismas. Sólo en el caso de que la veredicción sea manifiestamente contraria a la evidencia de los hechos probados, pueden los juzgadores de las instancias declararlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado, cuyo veredicto es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias y no puede, por tanto, plantearse al través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (Art. 580 del C. de P. P.)". (Sentencias de 22-VIII-69, 8-V-70, 6-X-71, 24-II y 19-VIII-72, entre otras). De ahí que resulte impertinente plantear la violación indirecta de la ley penal sustantiva, en los juicios en que interviene el jurado.

Además, la causal primera de casación se presenta "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea. Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o error de hecho que aparezca manifestado en autos". (C. P. P., Art. 580, Num. 1).

En la demanda, fuera de invocarse genéricamente la causal, no se precisa si la sentencia se acusa por infracción directa o por aplicación indebida o por errónea interpretación de la ley sustancial. A la Corte le está vedado llenar esa laguna para entrar a decir, sobre conjeturas, cuál de tales violaciones sería la que tuvo en mentes el actor. Y, si se puede conjeturar sobre ella que se refiere a una apreciación errónea de determinada prueba o a la falta de apre-

ciación de otras, ya se ha dicho que en los casos en que interviene el jurado tal alegación no es pertinente.

Carece, pues, la demanda de la técnica exigida por el recurso de casación y esta circunstancia, unida a las consideraciones anteriores, llevan a la Corporación a desechar el recurso propuesto, tal como lo dispone el artículo 582 del estatuto procesal penal. (Sala de Casación Penal, 13 de abril de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 456, 1ª y 457, 2ª).

40

CAUSAL 2ª

Su técnica. Diferencias entre la atenuante específica consagrada en el artículo 382 del Código Penal, y la genérica del artículo 28 *ibidem*.

El desacuerdo o falta de consonancia entre la sentencia y el veredicto del jurado, es motivo de casación previsto en la segunda parte del numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Pero para que pueda acogerse a través del recurso extraordinario se requiere que el fallo haya reconocido una situación jurídica distinta de la que puntualizaron los jueces populares, como expresó la Corte en jurisprudencia que se reafirma en esta oportunidad (9 de mayo de 1969, G. J., T. CXXX, Pág. 553). Tal desarmonía entre la sentencia y el acto procesal que le sirve de base no afecta exclusivamente el interés personal del acusado, sino también la recta y cumplida administración de justicia, porque conduce a soluciones inesperadas e ilegales, ordinariamente arbitrarias, fuera de los supuestos conocidos que impulsaron e ilustraron el juicio. Se produce así una innovación más allá del término que la ley da al juzgador de derecho para corregir los errores del jurado, más grave y perjudicial tratándose del segundo veredicto, que tiene carácter de definitivo. De ahí la trascendencia de la causal segunda, pues permite revisar y modificar los defectos en la interpretación de aquella pieza maestra, en la cual se sitúa una voluntad con fuerza y consistencia de imperativo jurídico.

Pero, para la prosperidad del recurso, es indispensable que el actor demuestre completamente ese desajuste entre la respuesta del jurado y la pregunta que se le formuló y los conceptos plasmados en el fallo, indicando la contrariedad de las dos situaciones. Y, en el caso de que el veredicto no sea lo suficientemente claro en sus proyecciones, debe indicar las razones conducentes a su interpretación adecuada, respaldadas en las pruebas aducidas, y, sobre todo, en las tesis y demás motivos de debate en la audiencia pública, pues en tales probanzas así como en la orientación y contenido de las discusiones, reside la fuente del convencimiento del jurado, o por mejor decir, el movimiento interno de su decisión. Si no se le exige más que "la convicción íntima sobre los hechos", y no atender voz distinta de la personal conciencia, según el artículo 560 de la ley de procedimiento, es claro que el intérprete está obligado a consultar las cuestiones discutidas, y no otras, el plano en que fueron ubicadas en la audiencia, la jerarquía que se les dio, el detenimiento y profundidad con que se presentaron, el énfasis de las proposiciones, los puntos de contacto entre ellas, y, de ser posible, la síntesis a que llegaron en sus alegatos. Así debe entenderse el artículo 519 del estatuto procesal en cuanto dice que en los juicios con intervención del jurado "la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate". Es, pues, el debate un momento culminante que la ley señala y, consecuentemente con ella, las materias planteadas entonces y el modo como se tratan son decisivas para interpretar el pensamiento de los jueces de hecho.

No pueden confundirse la atenuante genérica del artículo 28 del estatuto repressor con la específica descrita en el artículo 382 ibídem, pues existen diferencias entre ellas, referidas, como lo expresa el demandante, a la forma misma de la acción, a las personas actuantes, a las exigencias para que operen, a las consecuencias jurídicas en favor del inculminado y a la naturaleza de las infracciones en que puede reconocerse una y otra.

En el caso de autos es bien claro que las intervenciones en la audiencia del Agente

del Ministerio Público, del vocero del procesado y del defensor, enfocaron y debatieron solamente la atenuante específica del artículo 382 en la conducta delictuosa atribuida al acusado. Ese antecedente inmediato del veredicto no permite darle a éste un alcance distinto del señalado por el actor. De manera que no podía ir a buscarse una hipótesis extraña a la situación planteada, cosa, que la Corte ya ha resuelto en fallos como el que cita el demandante, en los cuales de manera muy clara se dice que aunque el jurado no mencione el adulterio ni las demás situaciones del artículo 382, está latente esa idea "por haber sido materia de intenso debate en la vista pública y a lo largo de todo el proceso y porque el defensor pidió concretamente una respuesta absoluta con base en la existencia de las relaciones carnales extramatrimonio" (Casación del 9 de noviembre de 1970). En estas condiciones, la grave e injusta provocación reconocida no puede ser otra que la proveniente de la noticia de la infidelidad de la cónyuge, recibida por el procesado de parte de ella, aunque no lo hiciera enfáticamente sino de manera de disculpa por su comportamiento anterior. El encuentro del copartícipe de la infidelidad en la propia casa de habitación del procesado, cuando éste permanecía afuera, más allá de la media noche, es suficiente motivo para despertar sentimientos reactivos, máxime si se agrega la exculpación de la esposa y el acto precedente del ingreso a la casa.

Si el auto de proceder no dijo nada en relación con la atenuante del artículo 28; si en los debates se dejó de lado esta disposición para darle campo exclusivamente a las del artículo 382; si los hechos ocurrieron entre el marido, de un lado, y la esposa y el copartícipe del ofendido, del otro; y si no aparece ninguna prueba eficaz en contra de la versión suministrada por el procesado, en el sentido de que actuó bajo el ímpetu de la ira al verificar la presencia del extraño en su casa, la sentencia ha contrariado la decisión del jurado y debe por lo mismo invalidarse. (Sala de Casación Penal, 17 de mayo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 466, 2ª y 467, 1ª y 2ª).

41

CAUSAL 3a.

Por cuanto con el proceso se busca la certeza jurídica, la sentencia, que es el acto mediante el cual el juez cumple el deber jurisdiccional derivado de los derechos de acción y de contradicción, debe ser clara, precisa y lógica en sus disposiciones. Determinando su contenido, preceptúa el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil que la parte resolutive de la sentencia "deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, y de las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas y sobre costas y perjuicios a cargo de las partes y de sus apoderados, con arreglo a lo dispuesto en este Código".

Pero como el pronunciamiento de la sentencia en sí mismo constituye un juicio, una operación de carácter crítico indispensable para concretar la voluntad abstracta de la ley, la labor del fallador se desenvuelve entonces a través de un proceso intelectual en el cual es posible que aquél falte a la génesis lógica de la sentencia, concluyendo de consiguiente en soluciones contradictorias u oscuras.

En procura de alcanzar la claridad debida, cuando la sentencia no la tenga, puede el mismo juez que la ha proferido, sin que esto implique revocación o reforma de su fallo, aclarar, a fin de desvanecer las dudas que produzcan, los conceptos o frases contenidos en la parte dispositiva o en la expositiva a que la primera hace referencia, tal cual lo autoriza el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil.

Más como es la propia razón natural lo que no permite ejecutar coetáneamente decisiones antagónicas o incompatibles contenidas en el mismo fallo, las que además constituirían obstáculo insalvable para dar a éste la eficacia debida, cuando las resoluciones de la sentencia sean contradictorias entre sí, este yerro in procedendo puede repararse también mediante el recurso extraordinario de casación.

Al efecto, el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, vigente en el país desde el 1º de julio de 1971, consagró como causal tercera de casación el supuesto consistente en "contener la sentencia en su

parte resolutive declaraciones o disposiciones contradictorias".

Pero si ahora la causal tercera de casación, a la luz de la preceptiva contenida en la disposición legal transcrita, no subordina su precedencia al evento de que previa y oportunamente se haya acudido al remedio de la aclaración de la sentencia, como en el punto lo establecía el Decreto 528 de 1964; es lo cierto que hoy el fundamento jurídico, la razón de ser de dicha causal se encuentra únicamente, como también lo estuvo antes, en el hecho de que la contradicción reinante en las resoluciones de la misma sentencia haga imposible la ejecución simultánea de todas ellas. Sólo en este supuesto la causal aludida tendrá virtualidad suficiente para casar el fallo impugnado.

Y si, en principio, es la parte resolutive del fallo la que ha de examinarse para advertir la existencia de las contradicciones que fundan la causal tercera, no por esto puede prescindirse absolutamente de la parte motiva, cuando de conocer el alcance y sentido de sus resoluciones se trate. Así como para interpretar la demanda oscura es indispensable su estudio conjunto y racional, el mismo criterio debe seguirse para interpretar la sentencia cuando en ésta no brilla la claridad.

Constituyendo, como es lógico y natural, la sentencia toda y no una parte de ella el objeto del respectivo estudio y análisis que del conflicto de intereses sometido a su decisión hace el juez, no es posible desligar de lo dispositivo de ella su parte expositiva, desde luego que siendo en ésta en donde se encuentra el espíritu que alienta a aquélla las dos armónicamente forman una unidad que no debe desintegrarse, so pena de falsear su verdadero contenido.

Ha sostenido insistentemente la Corte, acogiendo la tesis que en la materia exponen los tratadistas de derecho procesal, que "el principio de que la fuerza obligatoria de una sentencia se encuentra en la parte resolutive y no en la motiva, sufre excepción cuando aquélla ha de explicarse necesariamente por las razones de orden objetivo que le sirven de fundamento, es decir, cuando se hace necesario conocer el motivo para determinar el sentido de la parte resolutive" (LXIX, 544).

Igualmente tiene dicho la doctrina jurisprudencial que el fallo del juez, a diferencia de lo que ocurre con las demandas, puede ser implícito, como sucede, verbigracia, cuando la solución de una cuestión requiera lógicamente el estudio previo de otra, caso en el cual el acogimiento de esta otra supone tácitamente el rechazo de la segunda, si las dos no pueden coexistir.

“Puede acontecer —dijo la Corte en sentencia de 17 de junio de 1957— que el juez no se pronuncia expresamente sobre todas las demandas de las partes, pero del conjunto de la sentencia rectamente interpretado, resulta claro que ha examinado y decidido, el punto sobre el cual guarda silencio; en estos casos el pensamiento del juez está indirectamente manifestado pero está manifestado” (LXXXV, 377). (Casación civil, 22 de febrero de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 42, 2ª y 143, 1ª y 2ª).

42

CAUSAL 3a.

La contradicción de las resoluciones ha de ser tal, que haga imposible la operancia simultánea de ellas.

Se ataca el fallo, pues, por cuanto en el proceso se acumularon pretensiones contradictorias: nulidad del desistimiento y declaratoria de filiación natural con sus consecuencias patrimoniales. Pero es lo cierto que:

a) La causal alegada, o sea la tercera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, semejante a la contenida en el mismo ordinal del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, pero con supresión de su parte final que la condicionaba a que la contradicción subsistiera “a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración” de la sentencia. Sobre la cual tiene dicho la doctrina que requiere que en la parte resolutive del fallo aparezcan disposiciones notoriamente contrarias, o sea, que hagan imposible la operancia simultánea de ellas, como si una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obliga-

ción y otra el pago, circunstancias que, como se deduce de la exposición del cargo, no se dan en el caso sub lite.

Para que este cargo, fundado en la causal tercera de casación, pudiera prosperar, pues, será necesario que fueran realmente contradictorias las dos disposiciones mencionadas que contiene la parte resolutive de la sentencia. Mas no lo son. En efecto: para que la contradicción se diera indispensable sería que una de esas disposiciones o resoluciones negara lo que la otra afirma, cosa que no ocurre en el caso que se estudia porque ninguna oposición se presenta en que se anule el desistimiento de un proceso de filiación y, al mismo tiempo, se declare que el desistente es hijo natural. Para que estas dos resoluciones fueran contradictorias entonces menester sería que la declaración consistente en que es nulo el desistimiento conllevara, per se, la negación de que M. L. es hija natural de L. A., o que la declaración de serlo entrañara, por sí misma, la imposibilidad de que el desistimiento fuera nulo. No oponiéndose pues, ésto a aquéllo, síguese que las dos apuntadas resoluciones no son contradictorias y que, por ende, no puede estructurarse en este caso la causal 3ª de casación. (Casación civil, 16 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 22, 2ª y 23, 1ª).

43

CAUSAL 3ª

Veredicto: Contraevidente, contradictorio o inexistente, claro, ambiguo y condicionado.

Quiere la ley que el veredicto sea claro en sus términos para que no se presenten incertidumbres ningunas. De ahí que los artículos 533 y 537 del Código de Procedimiento Penal reglamenten la manera como deben formularse los cuestionarios por medio de exigencias que impidan en que en ellos se pueda incurrir en confusiones capaces de desorientar al tribunal popular y que también reclame de éste claridad en sus respuestas ya que, como obligación primordial le señala la de contestar categóricamente con “un sí o un no” a los cuestionarios que le sean propuestos, sin impedir por ello que si sus integrantes “juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas

a las expresadas en el respectivo cuestionario", puedan "expresarlo así brevemente en la contestación" (id. Art. 535). Con estas exigencias la ley quiere que la veredicción sea precisa, nítida y diáfana en cuanto declara la responsabilidad o inocencia del procesado. De donde se concluye: para que la manifestación del jurado pueda ser tenida como veredicto, ha de presentarse, de acuerdo con el querer del legislador, de manera clara y fácilmente entendible, sin que le sea necesario al fallador entrar en intrincadas cavilaciones o interpretaciones de su texto con el objeto de desentrañarlo y así poder fijar qué fue lo que aquél quiso decir ya que, al proceder en esta última forma, invadiría una órbita que le está vedada, pues sería su propia conciencia o su subjetivo raciocinio o su personal interpretación, al que vendría a suplantar la conciencia y la voluntad de los jueces del pueblo.

Desde el punto de vista jurídico un veredicto puede ser condenatorio o absolutorio y, cuando es claro en sus términos, como tal debe ser aceptado (C. de P. P., Art. 519) o declarado "contrario a la evidencia" de los hechos (Id. Art. 565, Inc. 1º).

También puede presentarse el caso de uno que sea contrario en sus términos, "es decir —como anota el Ministerio Público— que mientras uno reconoce la existencia de una situación jurídica el otro la niega. Se ha afirmado con mucha razón que en estos casos no hay veredicto", puesto que las afirmaciones contradictorias recíprocamente se destruyen.

Desde el punto de vista gramatical un veredicto puede ser, como ya se apuntó, claro o ambiguo. Es claro aquel que no exige mayores esfuerzos para entender qué fue lo que en realidad quiso expresar el jurado que lo emitió. Su redacción no se presta a dudas ni a cavilaciones: de ella brota, sin sombra ninguna, su diáfano sentido. En cambio el veredicto es ambiguo cuando, siguiendo la definición académica de este vocablo, "puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivos a dudas, incertidumbres o confusión". Es decir, cuando en el ánimo de quien lo conoce, siembre o hace nacer la perplejidad acerca de su alcance.

Puede ocurrir también que, el veredicto presente características que lo hagan condicionado, es decir, que lo que debe declarar el jurado de manera fundamental sin reticencias ningunas, lo haga relacionándolo a alguna circunstancia o condición, es decir según definición, a "algún acontecimiento incierto o ignorado que influye en la perfección o resolución de ciertos actos jurídicos o de sus consecuencias". Obvio que en el terreno del estricto derecho el acontecimiento constitutivo de la condición debe ser "incierto y futuro". Mas no puede olvidarse que en tratándose del jurado, es su apreciación personal y el claro sentido que la gente de "cultura mediana" (C. P. P., Art. 530) tiene de las palabras, lo que debe ponderarse para la valoración de su veredicto. De ahí que la Corte haya sostenido que "El jurado no está obligado a expresar su pensamiento mediante fórmulas sacramentales, ni con las palabras usadas por la ley para describir los elementos constitutivos o las circunstancias modificadoras de un delito" (Casación 12-II/59, Gaceta Judicial, T. XC, página 178). Al igual que también debe tenerse en cuenta lo alegado por las partes en el debate público y que pudo influir en la decisión sometida a estudio (Casación, 26-III/58, Gaceta Judicial, T. LXXXVII, página 605).

Por lo anterior puede hablarse de un veredicto condicionado aun cuando la circunstancia que pueda constituirlo no sea incierta ni futura sino pasada, porque una de las acepciones vulgares del vocablo es la de "calidad o circunstancia con que se hace o promete una cosa". Entonces, si un jurado en su veredicto expresa, como en el caso sometido a estudio, que "Si (sic) es responsable, obro (sic) por miedo ocasionado por hechos anteriores" y, si con relación a estos hechos se le han hecho exposiciones enfrentadas, una demeritándolos como eximentes de responsabilidad o justificadores de la acción y la otra presentándolos con esta capacidad, en realidad el jurado no ha producido un veredicto claro y firme, francamente absolutorio o condenatorio, sino que ha condicionado la responsabilidad a la entidad y fuerza, tanto de carácter objetivo como subjetivo, que esos "hechos anteriores" pudieron ejercer sobre el individuo

para producir el miedo que le impulsó a obrar y sobre el cual largamente se lo ilustró, en uno y otro sentido, en el debate público. El jurado, en la primera parte de la veredicción que se estudia no declaró enfáticamente la responsabilidad del procesado. No usó el adverbio afirmativo "Sí", con tilde, con el cual la hubiera declarado sin duda alguna, sino la conjunción "Si", sin aquel signo ortográfico, "con que se denota condición o suposición en virtud de la cual un concepto depende de otro u otros" (Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, Espasa-Calpe, 1936), es decir, como conjunción dubitativa, que "implica o denota duda" (id.). Es así como pueden presentarse en las manifestaciones del jurado, como respuestas a los cuestionarios que les son propuestas, expresiones u oraciones condicionadas las cuales no pueden tomarse como verdaderos veredictos, precisamente por esta circunstancia, que en el fondo equivale a no decidir definitiva y claramente acerca de la responsabilidad penal por la cual se les interroga.

Natural que esta segunda clasificación desde el punto de vista gramatical de manera necesaria tiene incidencia en el jurídico y legal: porque así como con relación al que es claro en sus términos no le queda al fallador otra vía procesal, según se vio, que aceptarlo o declararlo contrario a esa evidencia o desecharlo por inexistencia si es contradictorio; cuando el veredicto es ambiguo o condicionado, cuando a pesar del estudio que de él se haga no se sabe qué fue lo que, en realidad, quiso declarar el jurado, cuando suscita de manera indescrutable la perplejidad en el fallador, cuando en éste hace nacer una duda insuperable sobre su verdadero sentido, entonces, en este caso, no queda otro remedio que declararlo así y ordenar la convocatoria de nuevo jurado para que decida en definitiva acerca de la responsabilidad penal del procesado. Porque no es lícito tomar como fundamento esencial de un fallo, sobre todo si es condenatorio, una pieza que suscita dudas y perplejidades y que viene a sembrar el caos en la mente del fallador. El veredicto es piedra angular de la sentencia (C. de P. P., Art. 519) y cuando él presenta tan notoria falla, no puede ser tomado en cuenta para levantar aquélla.

Ahora bien: según se anotó, un veredicto contradictorio es inexistente, puesto que se destruye por la rotunda oposición entre sus términos. De manera que, en esencia la causal tercera de casación: "Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio", está consagrando esa misma causal para la "inexistencia" del veredicto, ya que igual da llamarlo "contradictorio" que "inexistente". Mas, como para que una respuesta pueda ser considerada como veredicto, de acuerdo con lo expuesto, es necesario, por exigencia de ley, que sea clara y precisa, tanto en cuanto afirma como en cuanto niega la responsabilidad penal, síguese que si la expresión del jurado, como respuesta al cuestionario, no afirma ni niega aquella responsabilidad con claridad y precisión, ya por condicionada, ya por ambigua, dedúcese que esta manifestación por no reunir las condiciones propias que constituyan el veredicto no puede tenerse como tal, por ser inexistente.

Y si una de las causales de casación se erige sobre la "inexistencia" del veredicto por "contradictorio", conclúyese que cuando quiera que se presente la inexistencia de un veredicto por cualquier circunstancia, habrá de operar la misma causal ya que, en el fondo, con ella lo que persigue es enmendar el agravio que se hace a la ley y también a las partes, cuando sobre un veredicto inexistente se levanta una sentencia condenatoria de segundo grado. A esta conclusión hacen llegar la lógica jurídica y también el respeto a la ley puesto que sería contrario a ella, sí que también monstruoso, condenar a un procesado sobre una pieza que suscita dudas y perplejidades y, que por no constituir verdadero veredicto, no puede dar lugar a la aplicación del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal que dispone que "En los procesos con intervención del jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate". Y, no habiendo veredicto ya que el presunto se considera "inexistente" por cualquiera de las causas anotadas, no hay decisión del jurado sobre la cual pueda pronunciarse sentencia.

Y, en el caso que se viene estudiando, esto último es lo que ocurre: Durante la audiencia pública el Fiscal luego de formular su acusación de acuerdo con los cargos

contenidos en el auto procesatorio, al plan-tear anticipadamente las hipótesis que podría alegar la defensa para impetrar la absolución de su patrocinado, largamente se refirió al factor "miedo" con el propósito de descartarlo como móvil en la consuma-ción de los hechos.

Por su parte el defensor lo invocó a favor de sus pretensiones absolutorias. Extensa-mente disertó sobre las causas y anteceden-tes que llevaron al procesado a sentirse pre-sa de él y también sobre la conturbación de espíritu que tal fenómeno anímico compor-ta para concluir que se daban los elementos objetivos y subjetivos que relevaban a su defendido "de toda responsabilidad penal". De manera que al actuar no podía exigir-sele otra conducta que la de arremeter con-tra sus agresores porque vivía en continua situación de peligro". Situación de peligro que estructuró sobre los hechos que afirmó de ataques y atracos y agresiones del oc-ciso, de su hermano y del lesionado que lo hicieron obrar por miedo. De ahí su peti-ción de absolución formulada al jurado.

Mas el tribunal popular cuando respondió los cuestionarios diciendo: "Si es respon-sable obró por miedo ocasionado por hechos anteriores (Fl. 354 Fte. y Vto.), emitió un veredicto condicionado o, a lo menos am-biguo y no contradictorio. No puede predi-carse que quiso afirmar a secas la respon-sabilidad del procesado, porque eso no es-tuvo en la mente de la mayoría de sus integrantes ya que uno de ellos, el aparen-temente disidente al estampar: "En mi con-cepto el veredicto debió ser 'Si es responsa-ble'" (Fl. ... Id.), está indicando que esta responsabilidad fue la que no convinieron en declarar con él sus compañeros. Además: tampoco el tribunal de conciencia quiso aceptar la tajante tesis de acusación a cargo del Ministerio Público, porque si hubiera sido su intención, no hubiera estampado por superflua, la segunda parte de su res-puesta. En todo caso, el tribunal popular no pronunció de manera clara y diáfana su concepto acerca de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia, a lo cual se le excitó de manera categórica por las partes que intervinieron en la audien-cia y por lo que se le interrogó también de manera categórica en el cuestionario. Su veredicto quedó corto: bien puede decirse de él, con los términos de la definición aca-

démica ya apuntados, que "puede enten-derse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivos a dudas, incertidumbres o confu-sión", es decir, en una palabra, que emitió veredicto ambiguo que, en consecuencia, no puede servir de soporte a una sentencia de naturaleza condenatoria, o, que lo emitió condicionado, de acuerdo con lo antes ex-puesto, y, en uno u otro caso, con la secuela de inexistencia a la cual se llegó.

Fluye de lo expuesto que ante la ausencia de un veredicto que satisfaga las exigencias de la ley, es decir, que ante la presencia de un veredicto que debe considerarse inexistente puesto que no permite la apli-cación de la ley, no queda otro remedio procesal que el de la convocatoria de nuevo jurado para que decida acerca de la respon-sabilidad penal del procesado, previa casa-ción de la sentencia recurrida como lo man-da el artículo 583, ordinal 3º del Código de Procedimiento Penal (Sala de Casación Pe-nal, 20 de junio de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 510, 1ª y 2ª; 511, 1ª y 2ª, y 512, 1ª y 2ª).

44

CAUSAL 3ª

Veredicto contradictorio.

En la audiencia pública se sometió a la consideración del jurado el siguiente cues-tionario:

"El procesado..., de condiciones civiles y personales conocidas de autos, es respon-sable, sí o no, de haber causado la muerte, con intención de matar, a... quien falleció a consecuencia de herida causada con ins-trumento cortopunzante (cuchillo), de cu-ya localización y estragos en el cuerpo de la víctima habla la correspondiente diligen-cia de autopsia, según hechos ocurridos en las horas de la tarde del día treinta y uno (31) de enero de mil novecientos setenta y uno (1971), en el perímetro urbano del mu-nicipio de Rondón?"

El tribunal popular respondió por unani-midad: "Sí es responsable. No está claro (sic) la intención de matar".

Es indudable que este veredicto consta de dos partes: la primera constituida por la

afirmación rotunda de la responsabilidad del sindicado, y la otra por la frase "No está claro la intención de matar".

Al contestar el jurado que el procesado sí es responsable, está aseverando la existencia del elemento subjetivo y de los objetivos integrantes del tipo penal del homicidio común u ordinario; más al agregar que no está clara la intención de matar, implícita pero perspicuamente está afirmando que no está probado el elemento moral o psíquico del delito de homicidio voluntario, con lo cual incurre en contradicción, pues ello equivale a aseverar y poner en duda simultáneamente el dolo característico de la infracción debatida en el juicio.

Contradictorio es lo que envuelve contradicción, vale decir, afirmación y negación o incertidumbre que se oponen una a otra y recíprocamente se destruyen.

Por modo que, en verdad, "el veredicto contradictorio es aquel estructurado con premisas excluyentes entre sí, por afirmar unas la responsabilidad del procesado, mientras que las otras la niegan", o la cuestionan.

En el caso sub judice, el veredicto es contradictorio, existiendo la imposibilidad de conciliar el contenido de sus proposiciones, puesto que no pueden ser ciertas y dudosas al propio tiempo.

En consecuencia, este cargo ha de prosperar y debe procederse de conformidad con lo ordenado en el numeral segundo del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal (Sala de Casación Penal, 14 de junio de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 489, 1ª y 2ª).

45

CAUSAL 4a. DE CASACION

Error en la denominación jurídica del delito; requisitos en su formulación.

Cuando se invoca como motivo de casación la nulidad del juicio por error en la denominación jurídica del delito, según el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, son necesarias dos argumentaciones concurrentes: la primera, referida al tipo que se afirmó, con la demostración de cómo la norma que se apli-

có fue indebida; y la segunda, también suficientemente demostrada, en el sentido de cuál debió ser la norma aplicable, o por mejor decir, cuál la infracción que debió reconocerse por el juzgador. Prescindir de cualquiera de estos dos planteamientos es incurrir en lo que la jurisprudencia reiterada de la Corte ha venido denominando "proposición jurídica incompleta", esto es, un enunciado al cual falta otra parte para adquirir unidad jurídica. No puede la Corte entrar a estudiar un cargo hecho a medias, aunque la demostración parcial se efectúe lógica y cumplidamente. Si falta la enunciación y la prueba del otro aspecto, el principio jurídico escinde y no es posible suplirlo con consideraciones que el actor dejó de aportar, pues estas consideraciones entrarían en el plano del artificio o de la conjetura.

En el caso de autos se alegan las causales cuarta y primera y tratan de demostrarse con los mismos elementos y razones, pero en uno y en otro caso haciendo la afirmación de que se aplicaron indebidamente los artículos 3º del Decreto 1858 de 1951 y 19 del Código Penal, que regulan el delito de peculado y la participación en él. Sobre esta materia se detiene largamente el actor, faltándole el planteamiento y la necesaria demostración de cuál fue la norma que debió aplicarse, o, en otros términos, cuál es el tipo criminoso dentro del cual deben encuadrarse las conductas de los dos procesados o de uno de ellos. Significa lo anterior, que la demanda formula una proposición jurídica incompleta y que en este recurso extraordinario no se puede suplir lo que el actor dejó sin cumplimiento. En tales condiciones, no procede el estudio de los cargos hechos al fallo condenatorio. En consecuencia, se desechará el recurso. (Sala de Casación Penal, 30 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 449, 1ª y 2ª).

46

CAUSALES DE TERMINACION DE LOS CONTRATOS

Hay ciertas causales de terminación de los contratos de trabajo que deben exami-

narse objetivamente por el juez. El juzgador debe limitarse a analizar los hechos y encajarlos dentro de las causales señaladas en la ley, sin tener en cuenta la calificación que a ellos les den las partes. (Sala de Casación Laboral, diciembre 13 de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 569, 2ª).

47

CESACION DE PROCEDIMIENTO

Por errada valorización de las normas cuando éstas son oscuras.

Dentro de las normas que se ocupan del trámite a seguir en las demandas sobre alimentos, se tiene los siguientes preceptos:

“Artículo 78. El padre sentenciado a servir una pensión alimenticia y que pudiendo no la cumpla durante tres meses, será condenado a pagar una multa de diez pesos a trescientos pesos, o a sufrir prisión de un mes a un año.

“Artículo 79. Para los efectos del artículo anterior, al ser presentada la queja sobre el incumplimiento del padre, el juez ordenará a éste se presente dentro del octavo día después de efectuada la citación personal, a fin de que tenga lugar una audiencia, en la que se oirán sus descargos.

“El juez fallará dentro del tercer día, y si el que fuere condenado al pago de las pensiones no las consigna, se cumplirá la sentencia pronunciada”.

El procedimiento antes señalado no fue tomado en cuenta para imponer al nombrado Abel Pinzón la pena privativa de la libertad de que da cuenta en su denuncia, pues la providencia de 23 de septiembre de 1968 que señala aquella sanción fue proferida sólo con base en un informe de la secretaria, de que Pinzón “no ha dado cumplimiento a la providencia dictada por este juzgado”, sin que precediera queja alguna y sin haberse oído al acusado en la forma señalada en el artículo 79, antes transcrito.

No resulta, pues, en el estado actual de la averiguación, que el juez, al prescindir de trámites claramente indicados por la ley, haya apenas incurrido en simple yerro en la interpretación del citado artículo 79 de la Ley 83 de 1946, para dar por cierto, como lo entiende el juzgador a quo, que la conducta del sindicado está ausente de dolo.

Se trata de un precepto claro, como que alude, apenas, a trámites previos para que el juzgador llegue a imponer sanciones por el incumplimiento de la obligación de cubrir las cuotas alimenticias.

Tiene, por tanto, razón el Procurador 2o Delegado en lo Penal al observar que “la conducta del juez fue, por varias razones, contraria a los claros mandamientos legales, sin que —con las explicaciones dadas por el funcionario acusado— pueda definitivamente afirmarse que todo obedeció ‘a una falsa y errada interpretación’, como lo quiere el a quo en su providencia, pues, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, la buena fe en los errores de los funcionarios sólo puede aceptarse en presencia de disposiciones o hechos que den lugar a diversas interpretaciones, por su obscuridad, y no como en el caso comentado, donde se está en presencia de normas claras y terminantes, fácilmente comprensibles para un profesional del derecho”.

No resulta, según lo anotado, pertinente la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y corresponde, en consecuencia, revocar la providencia objeto de la consulta (Sala de Casación Penal, 28 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 445, 1ª, y 446, 1ª y 2ª).

48

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

No se tienen en cuenta cuando constituyen elemento integrante de un ilícito.

Tal como se ha sostenido en el auto de llamamiento a juicio y en la sentencia condenatoria recurrida en casación, se está frente a un concurso ideal de delitos y la sanción, según el artículo 31 del Código Penal, es aquella correspondiente al más grave, aumentada hasta en una tercera parte.

El más grave de los ilícitos contemplados es el de incendio y tiene como mínima una sanción privativa de la libertad de un año de presidio. Sobre esta base, el sentenciador la aumentó en cuatro meses. Así se llega a dieciséis meses de presidio.

Mas en este punto, deduciendo como circunstancia de mayor peligrosidad la tercera del artículo 37 del Código Penal: por ser el motivo innoble, puesto que como tal se consideró el fin buscado por el agente, la pena de aumento en cuatro meses más, para un gran total de veinte meses de presidio. En la sentencia recurrida se afirma que "Está probado plenamente que el sindicado, con el fin de obtener para sí precio del seguro de las mercancías destruyó mediante el incendio que provocó, parte de las mercancías de su propiedad. Violó por consiguiente los artículos 252 y 417 del Código Penal." Mas si se tiene en cuenta que este fin propuesto es elemento constitutivo del delito previsto en la norma últimamente citada, conclúyese, de acuerdo con el inciso 1º del 37 del mismo estatuto, que no puede ser tomado como circunstancia de mayor peligrosidad, puesto que ya ha sido considerado como elemento integrante del ilícito. En consecuencia, no puede aumentarse la pena por este respecto. Hubo, pues, violación directa de la ley por aplicación indebida del ordinal 3º del artículo 37 del Código Penal. (Sala de Casación Penal, 15 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 428, 1ª).

49

COMISIONES

Solamente puede ordenarlas el juez o Tribunal que conoce del proceso.

a) El auto de proceder se debe notificar personalmente al procesado, aunque no se encuentre detenido, y a su defensor, "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 484 sobre reo ausente", por prescripción del artículo 182 del Código de Procedimiento Penal;

b) Cuando el procesado no esté en el lugar donde se adelanta el proceso, dice el artículo 183 *ibidem*, "la notificación personal se hará por medio de juez comisionado, a quien se librará despacho dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la en que se haya dictado el auto o sentencia que deba notificarse";

c) En materia judicial la comisión, en todos los casos en que la ley la autoriza, tiene que ser otorgada por el Juez o Tribunal que conoce del proceso, mediante providencia que "indicará su objeto con toda claridad y señalará el término dentro del cual deba cumplirse" (Arts. 32 y 33 del C. del P. C. y 49, 52 y concordantes del C. de P. P.);

d) Los secretarios de las corporaciones judiciales y de los juzgados, a quienes corresponde hacer las notificaciones en la forma establecida en los artículos 315 y ss. del Código de Procedimiento Civil, aplicables al proceso penal según lo previsto en el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, carecen de facultad para conferir comisiones, y únicamente pueden autorizar a empleados del respectivo despacho para poner en conocimiento del interesado la providencia que haya de comunicársele dentro del territorio donde tiene competencia el juez por cuya cuenta obran, de acuerdo con la norma primeramente citada;

e) La comisión que otorgó el secretario del Tribunal Superior de Cali al Juez Quinto de Instrucción Criminal de Bogotá, para notificarle al procesado doctor Quijano Bustamante el auto de proceder de que se hizo mención, es francamente ilegal, y la notificación que de ese modo se hizo carece de todo valor. Por consiguiente, no habiéndose enterado al sindicato de aquella providencia en legal forma, la Corte no puede examinar su mérito y habrá de declarar la nulidad de lo actuado a partir de tal diligencia (Sala de Casación Penal. 10 de mayo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 460, 1ª, y 461, 1ª y 2ª).

50

COMPETENCIA

Se ratifica la doctrina de la Corte de octubre 30 de 1970 y de noviembre 4 de 1970 en el sentido de que la justicia castrense conoce de los delitos previstos en el Código Penal ordinario, cometidos en tiempo de guerra, turbación de orden público, conmoción interior por los militares en servicio activo.

Esta Sala, en auto de 30 de octubre de 1970, dirimiendo una colisión negativa de

competencias entre el Tribunal Superior Militar y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, concluyó así:

"Encuentra la Corte, según lo anotado, que lo único que determina la competencia de la justicia penal militar para conocer de los delitos comunes cometidos por los militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, es la circunstancia de que el hecho se cometa cuando el país se encuentra en estado de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, y esa competencia se mantiene, así dejen de tenerse tales circunstancias".

Y en auto de 4 de noviembre, reiterando la anterior jurisprudencia, expuso:

"... Compete a la justicia castrense el conocimiento de los delitos previstos en el Código Penal ordinario y en las leyes que lo adicionan cometidos en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior por militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, aunque la normalidad sea restablecida mientras se adelanta el proceso correspondiente".

La Corte, en Sala Plena, en sentencia de 4 de octubre de 1971, declaró exequibles los ordinales primero y segundo del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar.

De suerte que la justicia penal militar conoce de los delitos cometidos en cualquier tiempo por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio; y de los delitos establecidos en las leyes penales comunes que cometan militares en servicio activo en tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior (Sala de Casación Penal. 29 de noviembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 246, 2ª y 247, 1ª).

51

COMPETENCIA PARA DECIDIR EL RECURSO DE CASACION

La competencia para decidir el recurso cubre toda la sentencia dentro de los límites señalados por el impugnador, intocable sin que sea dable al Tribunal limitar esa competencia.

Interpuso el recurso de casación el apoderado de la demandante. El Tribunal Su-

perior lo concedió en los siguientes términos: "Sea lo primero advertir, que la sentencia de esta Sala, que decidió la segunda instancia, es definitiva en cuanto se refiere a la entidad demandada denominada "Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena", porque ella fue absuelta de todos los cargos imputados en el libelo, mas no sucede lo mismo con el otro demandado, o sea el Hospital San Juan de Dios de Santa Marta, ya que en relación con esta última institución se consideró que no se había agotado el trámite gubernativo o reglamentario, establecido en el artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral, decretándose en consecuencia, una inhibición para decidir en el fondo, las pretensiones que se reclaman al citado Hospital. Bien sabe la Sala que no puede trazarle pautas a la honorable Corte Suprema de Justicia sobre el alcance del recurso, pero ha considerado conveniente sentar la anterior premisa, para los efectos legales pertinentes. Las pretensiones insertas en la demanda que tienen discutible respaldo probatorio en los autos, alcanzan a un valor de \$ 53.393.14, por lo cual el interés para recurrir de la parte demandante, supera el límite establecido en el artículo 15 de la Ley 16 de 1968; además, con las observaciones anotadas, se dan los otros presupuestos exigidos por el artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral. Por lo expuesto, se resuelve: conceder para ante la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de la Sala, proferida a los 27 días del mes de abril de 1972, teniendo en cuenta las observaciones indicadas en la parte motiva de este proveído, en consecuencia, remítanse los autos a la entidad mencionada, con citación de la contraparte".

Admitido el recurso por esta Sala y cumplido el trámite legal se decidirá con base en la demanda de casación y la réplica del opositor, previas algunas consideraciones que se estiman necesarias en relación con la forma como fue concedido el recurso.

De la parte motiva del auto que concedió el recurso, y a la cual se refirió la resolutive, se desprende que el Tribunal Superior considera que la Corte sólo puede estudiar el recurso de casación en lo relacionado con la absolución de la Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena, por ser defini-

tiva la decisión; y no en cuanto se declara inhibida para conocer de las peticiones respecto al Hospital San Juan de Dios de Santa Marta. Este criterio es equivocado, porque la sentencia no puede parcelarse para efectos del recurso y si éste es procedente, como lo dijo el Tribunal Superior y lo estimó la Corte al admitirlo, la competencia para decidir el recurso cobija toda la sentencia dentro de los límites señalados por el impugnador, intocable sin que sea dable al Tribunal limitar esa competencia.

Ya la Corte, para resolver una situación similar en que el fallador de segunda instancia concedió el recurso extraordinario únicamente en relación con una de sus decisiones y lo negó en cuanto a otra decisión, dijo lo siguiente:

"El recurso de casación en materia laboral cabe únicamente contra las providencias enumeradas en los ordinales a) y b) del artículo 86 del Código Procesal del Trabajo. Nuestras disposiciones procesales del trabajo no establecen que el recurso de casación se conceda sobre ciertos aspectos o determinados puntos del fallo de segunda instancia. No, simplemente está consagrado contra las sentencias definitivas, es decir, sobre la integridad del fallo dictado. La providencia objeto del recurso de casación en el presente juicio constituye una verdadera sentencia definitiva porque todo lo que en ella se resuelve son cuestiones de fondo y principales del juicio. Es incuestionable que el Tribunal sentenciador para declararse incompetente tuvo necesidad de realizar el análisis del contrato de trabajo que vinculó a las partes. Además de lo anterior, existe otro poderoso argumento para no aceptar la solicitud del reposicionista, o sea, que el inferior no puede limitar el ámbito de conocimiento del superior en su recurso, como el de casación, que es de privativo conocimiento de este último. Más aún, no puede perderse de vista que es facultativo de esta corporación casar total o parcialmente o no casar el fallo recurrido. Si se acogiera la tesis del reposicionista, quedaría recortada la anotada facultad de casar totalmente la sentencia acusada, lo cual la Corte no puede aceptar por tratarse de una atribución revestida de la alta jerarquía del orden público". (Sala de Casación Laboral, febrero 19 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 197, 1ª y 2ª).

52

COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO DE LOS AGENTES DE LA POLICIA

Los oficiales y agentes de la Policía Nacional que con ocasión del servicio o por causas del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cometan un delito, serán juzgados de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar.

Versando el proceso sobre un delito de concusión, correspondía a la justicia penal militar su conocimiento, por mandato del artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, que prescribe:

"Los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional que, con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cometan un delito, serán juzgados de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar". (Sala de Casación Penal, 6 de julio de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 265, 2ª).

53

CONCILIACION

La voluntad de las partes queda fijada en los términos en que por fin se concretan sus propuestas iniciales y si una de éstas no resulta acogida en la forma en que se presentó, sino en una distinta, es ésta la que recoge dicha voluntad y no la propuesta modificada. (Sala de Casación Laboral, mayo 10 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 331, 2ª).

54

CONCILIACION Y LA COSA JUZGADA

El efecto de la cosa juzgada hace que la conciliación no pueda ser modificada por decisión alguna. Aún más, no deberá seguirse juicio sobre las materias conciliadas, corresponde declarar la excepción como previa cuando así se proponga y ha de abstenerse el fallador de tocar el fondo cuando deba resolver en el fallo. (Sala de Casación Laboral, marzo 15 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 250, 2ª).

55

CONCURSO MATERIAL DE DELITOS

(Diferencia con el delito complejo).

"Es circunstancia agravante del homicidio el cometerlo para ocultar otro delito, asegurar su producto o procurar la impunidad de los responsables, según el numeral 4º del artículo 363 del Código Penal, no siendo indispensable para la existencia de aquélla el que el agente haya obtenido realmente el fin de que se proponía, como que basta que el homicidio se realice por uno de los expresados móviles.

"Dicho agravante se justifica porque quien da muerte a otro para encubrir de algún modo un delito cometido por él con anterioridad revela ciertamente un dolo intenso, un mayor grado de culpabilidad y una más alta capacidad criminal.

"En la hipótesis indicada se presenta un verdadero concurso real de delitos, en conexión consecucional, entre el homicidio y el delito que se pretende ocultar, pues se trata de ilícitudes realizadas con procesos ejecutivos autónomos o 'acciones estructuralmente independientes entre sí', que originan pluralidad de lesiones o eventos dañinos, separables en su objetividad material y jurídica por cuanto son hechos distintos que se contemplan en normas legales autónomas que permiten una aplicación simultánea.

"Por la consideración que precede el Tribunal *ad quem* no violó la ley penal sustancial, por aplicación indebida en la sentencia de los artículos 402 y 33 del Código Penal, en relación con el 363 de la misma obra, como lo pretende el demandante sobre el supuesto, para la Corte inaceptable, de que el homicidio cometido para ocultar un delito de robo, infracción por la cual fue declarado culpable y condenado el acusado Teodosio Moreno Berrío, se singulariza como asesinato y observe o subsume el delito contra la propiedad, excluyéndose así el concurso de delitos, fenómeno admitido en el fallo recurrido.

"La modalidad del delito complejo en el homicidio que se ejecute para cometer u ocultar otro delito, sugerida por el actor para negar en el presente caso la existencia jurídica del robo, no es admisible. El deno-

minado delito complejo surge cuando la ley considera como elemento estructural de un tipo delictivo o como circunstancia agravante de una infracción hechos que, apreciados aisladamente, si ello fuera posible, constituirían por sí mismos delitos. En aquella clase de delito unitario (el complejo) el legislador fusiona o reúne en una tipicidad penal o prevé como agravante de la misma hechos o situaciones objetivas de variada índole, de modo que se excluye la pluralidad de infracciones, vale decir, el concurso de delitos, pues el hecho que aislado configuraría una infracción se convierte por voluntad de la ley en un elemento de una figura delictiva especial o en circunstancia de agravación de la misma, perdiendo el carácter de ente jurídico autónomo, ya que de no ser así se violaría el principio del *non bis in idem*. Y en las situaciones previstas en los ordinales 3º y 4º del artículo 363 del Código Penal —repárese bien— lo que agrava el homicidio no es el hecho constitutivo del delito fin (Ord. 3º), cuya comisión no es siquiera necesaria, ni el hecho constitutivo del delito que se quiere encubrir o cuyo producto se quiere asegurar (Ord. 4º), sino el móvil de la acción, indicado por la preposición 'para' usada en los dos ordinales y con que se denota el fin del hecho único del homicidio, fin que ha de ser el de 'preparar, facilitar o consumir otro delito', o el de ocultar, asegurar el producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad de los responsables respecto de otro delito ya cometido. Móvil que, como antes se dijo, pone de resalto en el responsable una relevante culpabilidad que justifica la agravación del homicidio y que es circunstancia independiente del delito que resulte vinculado a aquél por conexidad teleológica o consecucional. Los mismos términos de los anotados ordinales del artículo 363 dan clara idea de la pluralidad delictual, pues se habla en ellos del homicidio que se comete para consumir u ocultar 'otro delito'.

"Importa anotar que aunque el Código Penal colombiano no contiene en sus normaciones generales previsión acerca del delito complejo, como sí ocurre en otras legislaciones, entre ellas la italiana (Art. 84), es incuestionable que en algunas de las conductas delictivas que describe en la parte especial se observan las características pro-

pías de aquel fenómeno. Así acontece, a guisa de ejemplo, en la concusión (Art. 156), en la detención arbitraria (Art. 295), en el robo con violencia que acuse daño a las cosas (Art. 402), en la violencia carnal cuando los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren a ésta la muerte o grave daño en la salud (Arts. 316 y 318), en el abandono de niños a consecuencia del cual resultare la muerte del abandonado (Arts. 395 y 396), y en el hurto cometido en un lugar habitado (Arts. 397 y 398, Num. 4º). En los eventos citados no podría imputarse al agente concusión y abuso de autoridad, ni detención arbitraria y abuso de autoridad, ni robo y defraudación por daño en cosa ajena, ni violencia carnal y homicidio o lesiones culposas, ni abandono de niños y homicidio culposo, ni hurto y violación de domicilio, sino únicamente el delito mencionado en cada uno de los primeros extremos, como que los hechos que, en su orden, configurarían los delitos de abuso de autoridad (Art. 171), defraudación por daño en cosa ajena (Art. 426), homicidio o lesiones culposas (Arts. 370 y 371 y ss.), homicidio culposo (Art. 370), y violación de domicilio (Art. 302), son tales hipótesis, por voluntad del legislador, elementos constitutivos de la infracción (casos de los Arts. 156, 295 y 402) o circunstancias agravantes del delito (casos de los Arts. 318, 396 y 398; Num. 4º), sin que jurídicamente sea posible su separación para integrar tipos penales autónomos, concurrentes con el delito a que se ligan, pues se reprimiría doblemente el mismo hecho, con desconocimiento del principio atrás enunciado del *'non bis in idem'* o no dos veces sobre lo mismo". (Sala de Casación Penal, 15 de febrero de 1973, Tomo CXLVI).

56

CONCURRENCIA DE CONTRATOS

"Si es verdad que se puede servir a diferentes empleadores, y esto es lo que se establece en el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo, no se puede realizar la labor coetáneamente, es decir, en forma simultánea. (Sala de Casación Laboral, junio 20 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 365, 2ª).

57

CONDICION RESOLUTORIA

El derecho romano no consagraba la condición resolutoria tácita del contrato como consecuencia del incumplimiento. Así, en la compraventa, dice Claro Solar: "el vendedor no podía pedir la resolución del contrato por falta de pago del precio: si no había seguido la fe del comprador para el pago del precio, concediéndole un plazo, podía reivindicar la cosa, porque se entendía que no había transferido la propiedad mientras el precio no fuera pagado, o sea que la tradición había sido hecha bajo la condición de que el precio fuera pagado; pero si el vendedor había seguido la fe del comprador y transferido a éste, el dominio de la cosa, sólo tenía la acción que nacía de la compraventa para el pago del precio y la falta del pago del precio no le daba derecho a la resolución del contrato. De esto podía resultar que el vendedor perdiera la cosa y el precio; y por eso el derecho romano había dejado al vendedor la facultad de estipular, por un pacto especial, que podría recuperar la cosa si no se le pagaba el precio dentro de cierto tiempo. Era este el pacto comisorio, o *lex commissoria*, que tenía por objeto autorizar al vendedor, a quien no se le pagaba el precio, para demandar la resolución de la venta". (Obligaciones, T.I., 159).

El derecho español antiguo reprodujo las leyes romanas, consignando en la Ley 58 del Título 5º, partida quinta, el pacto comisorio expreso, con la misma finalidad romana, o sea, la de proteger al vendedor.

En el derecho francés, por influencia de los canonistas según los cuales la falta de cumplimiento por uno de los contratantes daba lugar a la resolución, aunque expresamente no se hubiere convenido un pacto comisorio que así lo dispusiera, se presumió esa condición resolutoria tácita como el natural efecto de la noción de la causa, y así lo expresó en el artículo 1184: "La condición resolutoria está siempre, subentendida en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que una de las partes no satisfaga su compromiso".

Don Andrés Bello, precisando más este principio y siguiendo el lineamiento germano, sobre la base de la regla *non servanti*

fidem, non est fides servanda, en el artículo 1849 del Código chileno expresó:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

“Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

Y el artículo 1546 de nuestro Código Civil, fiel transcripción de la norma chilena, consagró la teoría de la condición resolutoria tácita del contrato bilateral con características distintas a las del pacto comisorio romano.

Los doctrinantes han dado distintos fundamentos a la condición resolutoria tácita: mientras que para unos no representa y consagra más que una regla de conveniencia, derivada de la voluntad presunta de las partes, según la cual se reputa que cada una se ha obligado bajo condición de que la otra cumple al mismo tiempo su compromiso, para otros es una obligación de la teoría de la causa, pues siendo en los contratos bilaterales, y especialmente en los onerosos, la obligación de una de las partes causa de la obligación de la otra, si una de ellas no cumple su obligación, la de la otra deja por lo mismo de tener causa, otros la entienden como una repercusión de los móviles determinantes de las partes para el mantenimiento del equilibrio contractual. Cualquiera que sea el fundamento científico de las diversas tesis, lo cierto es, y hay que admitirlo, que la condición resolutoria es la consagración de la regla de equidad que no permite dejar a uno de los contratantes ligado por un contrato en que el otro no ha satisfecho la contra prestación equivalente. La justicia conmutativa es pues fundamento del principio de igualdad de las partes en los contratos. (Casación civil, 15 de diciembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 161, 1ª y 2ª).

58

CONFLICTO DE COMPETENCIA

Carece de finalidad después de fallado el negocio.

Conforme a nuestra ley de enjuiciamiento civil para que la actividad jurisdiccional

pueda proveer con eficacia sobre las pretensiones de los litigantes, es necesaria la existencia de juez competente para ello, es decir, del funcionario o corporación investido de jurisdicción y con facultad para ejercerla en ese caso determinado. Ha dicho la doctrina que el juez o tribunal no puede ejercer jurisdicción sino hasta el límite de la competencia que le señala la ley, ya que, en suma, la competencia no es otra cosa que el ejercicio de la jurisdicción de manera concreta.

La ley procesal civil fija la competencia de los distintos jueces de la República para las diferentes clases de negocios atendiendo a los factores objetivo, subjetivo y territorial; esto es, a su naturaleza, a la calidad de las partes y al lugar donde deben ventilarse. Preciado el juez competente para conocer del negocio, es éste y no otro u otros, el que tiene la atribución para tramitar y decidir la cuestión específicamente considerada, salvo los casos en que, por razón de la cuantía, se modifica la competencia inicialmente, señalada (Art. 21, C. de P. C.).

Acontece, empero, que como la determinación de la competencia es cuestión que ha suscitado conflictos entre los jueces requeridos para el conocimiento de un negocio, al estimar en desacuerdo, que a uno de ellos o a ninguno corresponde; la legislación, a efecto de dar solución a tales discrepancias, ha consagrado siempre los llamados conflictos de competencia.

A la luz de las disposiciones contenidas en el Capítulo II, del Título XI del estatuto procedimental vigente en el país desde el 1º de julio de 1971, existe conflicto de competencia cuando dos jueces estiman, en desacuerdo, que a ninguno de ellos corresponde el conocimiento de un proceso. Pero para que surja el conflicto en referencia y para que por tanto pueda entrar a resolverse por la autoridad judicial respectiva, es indispensable que, según lo indican los preceptos aludidos, enviado el negocio por el juez que se cree incompetente al que él estima que sí tiene atribución para su conocimiento, éste a su vez también se declare incompetente.

El principio indicado no es sin embargo absoluto, puesto que ese mismo legislador, al reglamentar el trámite del proceso sucesorio consagró para éste, a manera de excepción a la regla general, un conflicto

especial de competencia positiva, para el evento en que la misma sucesión se esté tramitando simultáneamente ante dos o más jueces (Art. 624). Además, mediante los artículos 623 y 624 del Código de Procedimiento Civil, facultó a los interesados en este tipo de procesos para que provoquen en él conflicto de competencia tanto el negativo o por declinatoria, como el positivo o por inhibitoria.

Pero si la razón de ser de estos conflictos y la finalidad esencial que con su resolución se busca, es impedir que determinado proceso no vaya a ser decidido por un juez al que la ley no le asigna la facultad de ejercer en él la función jurisdiccional, obvio es inferir que ellos son improcedentes cuando, como ocurre en el presente caso, surgen después de que uno de los jueces que discrepan ha proferido la correspondiente sentencia, puesto que, tratándose de procesos contenciosos, mediante este acto dicho funcionario deja decidido el conflicto de intereses que se le ha presentado para su composición.

Y si a la postre el negocio resulta fallado por un juez incompetente, el conflicto de competencia carece de finalidad; a más de que esa incidencia es inidónea para corregir la irregularidad que por el aspecto dicho se presente. (Casación civil, 7 de diciembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 151, 2ª y 152, 1ª y 2ª).

59

COMPETENCIA

(Para ejecutar el fallo corresponde al juez que lo dictó).

Según lo establece la ley procesal hoy vigente (Art. 335, C. de P. C.) la ejecución de la obligación impuesta en sentencia ejecutoriada no constituye, en principio, proceso distinto de aquél en que se haya proferido, sino que es apenas una parte integrante de éste, la competencia para ejecutar el fallo corresponde al mismo juez que lo ha dictado y no a otro. (Casación civil, 7 de diciembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 152, 2ª).

60

CONFLICTO DE COMPETENCIA

(De procesos sobre privación de la patria potestad).

En los procesos contenciosos, según lo estatuye el numeral 1º del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, "salvo disposición legal en contrario, es competente el juez del domicilio del demandado". Es el caso del "forum domicilii rei" que impera como regla general. Existe un fuero concurrente en los eventos que señala el numeral 4º ibídem, y entre ellos, el de litigios sobre pérdida o suspensión de la patria potestad, en los cuales es "también competente el juez que corresponda al domicilio común anterior, mientras el demandante lo conserve". En cambio, en los de jurisdicción voluntaria, salvo los de guarda de menores, del demente o del sordomudo, de interdicción y de declaración de ausencia o de muerte por desaparecimiento, la regla general es que la competencia corresponde al "juez del domicilio de quien los promueva", según el numeral 19 del citado artículo 23.

Los procesos sobre privación de la patria potestad se tramitan como abreviados (Art. 414, Num. 3º, ibídem) y aquellos en que "conforme a disposición especial deba resolver el juez con conocimiento de causa", como ocurre con los de suspensión de la patria potestad, según el artículo 311 del Código Civil están sujetos al trámite del proceso verbal. La ubicación que tienen en el Código de enjuiciamiento civil los procesos abreviados y los de tramitación verbal, vale decir en la Sección 1ª del Libro III, bajo el epígrafe de "procesos declarativos", indica muy claramente que unos y otros son de carácter contencioso o sea de aquellos a que se refiere en el numeral 1º de su artículo 23, para efecto de determinar la competencia por razón del territorio.

En las normas de las Leyes 83 de 1946 y 75 de 1968, en cuanto a los litigios referentes a la suspensión de la patria potestad, no hay ninguna que atribuya expresamente a determinado juez de menores, la competencia para conocer de los que a ellos corresponden, esto es, de los menores de 18 años, de suerte, que deben aplicárseles aná-

logamente los principios del Código de Procedimiento Civil atrás comentados.

La suspensión de la patria potestad tiene de a proteger a los menores que se encuentran en situación de abandono o de peligro moral o físico, como claramente aparece de lo dispuesto en los artículos 315 del Código Civil, 64 de la Ley 83 de 1946 y 24 de la Ley 75 de 1968. Para precaver o remediar una situación de esa naturaleza, la ley atribuye competencia a los jueces de menores, quienes deben proceder con conocimiento de causa y después de oídos los parientes del niño y el defensor de menores, y están facultados para decretar aun de oficio las pruebas que consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos que dan lugar a la suspensión de la patria potestad. Tales hechos, como es obvio, atañen directamente al menor, al lugar donde se encuentra, al medio que lo rodea, a las circunstancias en que vive y a la persona que lo tiene a su cuidado. De ahí que el citado artículo 24 de la Ley 75, que adicionó al 65 de la Ley 83, disponga que "el juez deberá celebrar audiencias para esclarecer la situación del menor desde el punto de vista del cuidado físico que esté recibiendo, de su educación, de la moralidad del medio en que vive, y de la seguridad de sus bienes".

Dijose en el punto anterior que las normas sobre suspensión de la patria potestad buscan la protección de los menores, porque así lo indica la naturaleza de las causales de emancipación judicial que señala el artículo 315 del Código Civil y que son aplicables a esa suspensión, según el numeral 1º del artículo 64 de la Ley 83 de 1946 y lo denotan también sus numerales 2º y 3º. El concepto del artículo 288 del Código Civil, de que la patria potestad era "el conjunto de derechos (se subraya) que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados", fue reemplazado inicialmente por el artículo 53 de la Ley 153 de 1887 y luego por el 13 de la Ley 45 de 1936, cuyo primer inciso fue reproducido por el artículo 19 de la Ley 75 de 1968, en el sentido de cambiar el verbo dar por reconocer, y de hacer explícita referencia a los deberes que en relación con quienes están bajo patria potestad tiene quien la ejerce.

Lo anterior indica claramente que a falta de disposición legal en contrario, que no la hay, la competencia para conocer de esta clase de procesos la tiene, por regla general, el juez de menores del lugar en donde se encuentran los menores abandonados, para que sea éste quien, para proteger debidamente a esos incapaces y aplicando el principio de la inmediación, pueda practicar las pruebas necesarias para cerciorarse de la existencia de aquellos factores que le permitan determinar si el menor se encuentra o no en estado de abandono o de peligro moral o físico, para someterlo en caso afirmativo a las medidas de asistencia y protección preceptuadas por la Ley 83 de 1946 para los menores de 18 años, entre las cuales puede estar precisamente la de suspensión de la patria potestad.

Sentadas estas bases se concluye lo siguiente: a) En los procesos de pérdida o de suspensión de la patria potestad de que conocen los jueces civiles, que por su naturaleza, son contenciosos, existe un fuero concurrente: el del domicilio del demandado y el de aquél que corresponda al "común anterior, mientras el demandante lo conserve"; b) Por regla general y a falta de norma expresa en contrario, cuando por tratarse de menores de 18 años abandonados el conocimiento de esos procesos corresponde a los jueces de menores, la competencia se determina por la residencia de aquéllos, y muy especialmente, cuando sea el defensor quien lo haya promovido según el artículo 23 de la Ley 75 de 1968, y c) En los demás casos, para fijar la competencia del juez de menores, se aplicarán por analogía las premencionadas normas del Código de Procedimiento Civil (Casación civil, 8 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 15, 2ª; 16, 1ª y 2ª, y 17, 1ª).

61

CONFLICTO DE COMPETENCIAS

Los falla la Corte con invocación de motivos propios. En consecuencia, cuando el Tribunal Superior, en uso de la competencia que le fue reconocida por la Corte, dentro de las circunstancias procesales y por los motivos que originaron el conflicto, de-

claró nulo lo actuado por la justicia castrense, "a partir del folio 75 del expediente en adelante" incurrió en incompetencia de jurisdicción.

"Como lo reconoce paladinamente el mismo Comando, se trata de un delito común, pues el hecho realizado por... no se originó "con ocasión, causa u oportunidad de las funciones inherentes al cargo oficial que desempeñaba".

"Así las cosas, los argumentos del juzgado serían plenamente valederos para el caso de que el ilícito se hubiera realizado en estado de normalidad, no así para el contemplado en el proceso, cometido bajo la vigencia del Decreto 1288 de 1965, puesto que, haciendo uso de las facultades que en estado de sitio adquiere el Presidente de la República, se expidió el Decreto 1752 de 1965 que atribuyó a la justicia castrense el conocimiento de todos los delitos que se cometan por la Policía Nacional, sin distinguir entre delitos militares y delitos comunes.

"En razón, pues, del tiempo de la comisión del ilícito imputado al miembro de la Policía Nacional, el conocimiento de este proceso corresponde a la justicia penal militar".

Si tal fue lo resuelto por la Corte cuando el 20 de enero de 1967 dirimió el conflicto de competencias provocado por el Comando de la Policía del Quindío, con sede en Armenia, al Juzgado Primero Superior de aquella localidad, reconociendo la competencia del primero, no cabe duda que lo hizo en ejercicio de la potestad de poner fin al diferendo entre los jueces, en forma inapelable y definitiva, mientras no cambien los hechos ni las circunstancias que lo motivaron.

Si las decisiones de la Corte como Tribunal de conflictos en los problemas de competencia que se suscitan entre los jueces de las instancias, son definitivas y conservan su unidad durante el proceso, el fallo es en esencia, uno solo, tanto se pronuncia en esa oportunidad o en casación. En ambas hipótesis se decide, por trámites diferentes, a qué juez corresponde, en el caso concreto, la jurisdicción de la República. Por ello, si la competencia ha sido definida por la Corte en las instancias, no cabe reclamar su intervención para resolver el punto en

el recurso extraordinario de casación, cuestionándolo al amparo de la causal cuarta, o sea, haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad, si lo que se proclama es justamente la incompetencia del juez.

Equivocada o no, la decisión de la Corte legítima lo actuado en este proceso por la justicia castrense, hasta el nueve de diciembre de mil novecientos setenta cuando fue dirimido por ella un nuevo conflicto negativo de competencias suscitado por el Tribunal Superior Militar al Tribunal Superior de Armenia, que la Corte resolvió reconociendo la competencia del segundo, con fundamento en que el delito atribuido al procesado no era de responsabilidad y porque de los delitos comunes cometidos por los miembros de la Policía Nacional conoce, en todo tiempo, la justicia ordinaria, salvo lo que excepcionalmente disponga el Gobierno en las circunstancias especiales del estado de sitio.

Los conflictos de competencia fueron sometidos al fallo de la Corte con invocación de motivos propios, distintos en las dos ocasiones. Y se resolvieron por ella, igualmente por razones diferentes, peculiares de cada oportunidad.

Acertadamente o no, también en el segundo incidente la Corte dirimió el conflicto en ejercicio de sus atribuciones legítimas.

En el primero de los casos, los dos consejos verbales de guerra convocados por el Comando de la Policía del Departamento del Quindío, para juzgar a..., se realizaron poniendo en acto la competencia reconocida por la Corte a la justicia castrense por lo cual el Tribunal Superior de Armenia, en el suyo, la tenía para continuar el procedimiento idóneamente tramitado por aquella, pero carecía de aptitud procesal para anular sus actuaciones.

Meritoriamente no puede discutirse en casación lo actuado por los jueces de las instancias en quienes la Corte reconoció la competencia si en su ejercicio procedieron dentro del marco estricto de la ley y observaron las formas propias del juicio pertinente.

En consecuencia, cuando el Tribunal Superior de Armenia, en uso de la competencia que le fue reconocida por la Corte, dentro de las circunstancias procesales y por los motivos que originaron el conflicto, declaró nulo lo actuado por la justicia cas-

trense, "a partir del folio 75 del expediente en adelante", incurrió en incompetencia de jurisdicción, y el cargo formulado por el recurrente viene llamado a prosperar.

Corresponde a la Corte declarar en qué estado queda el proceso y lo cumple ordenando que se reponga el procedimiento a partir del auto constitutivo de la nulidad que al amparo de la causal cuarta de casación denuncia el recurrente. (Sala de Casación Penal, 22 de octubre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 186, 1ª y 2ª, y 187, 1ª).

62

CONTRATO DE TRABAJO Y RELACION DE DERECHO PUBLICO

El criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de él, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios.

Finalmente, el desempeño —aceptado por la contraparte— de un cargo de operador de planta eléctrica no definía por sí solo, la condición alegada de trabajador de la órbita que reclama el recurso. La jurisprudencia ha precisado a este efecto que "el criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público" no es el de la actividad individual de él sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios, "por lo cual el ataque tendría que demostrar igualmente por la vía de las probanzas, que la demandada de autos es entidad de construcción o sostenimiento de las obras públicas; o empresa industrial, comercial, agrícola o ganadera que se explote con fines de lucro, o institución idéntica a la de los particulares o susceptible de ser fundada o manejada por éstos en la misma forma, a términos del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945. Nada de lo cual se ha intentado en el presente recurso, que no puede prosperar sin la demostración fáctica —también por este aspecto— de que el promotor de la litis tuvo la condición pretendida de trabajador oficial. Sin necesidad de verificar la procedencia o improcedencia del

Decreto 3135 de 1968, pues el asunto se resuelve conforme a la regulación de aquel Decreto de 1945, vigente según todos los planteamientos, a la terminación del vínculo de autos. (Sala de Casación Laboral. Junio 16 de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 359, 2ª, y 360, 1ª).

63

COSA JUZGADA

El efecto de la cosa juzgada hace que la conciliación no pueda ser modificada por decisión alguna. Aún más, no deberá seguirse juicio sobre las materias conciliadas, corresponde declarar la excepción como previa cuando así se proponga y ha de abstenerse el fallador de tocar el fondo cuando deba resolver en el fallo.

Conforme a lo primeramente transcrito, el sentenciador interpreta erróneamente el artículo 20 del Código Procesal del Trabajo; porque le introduce un elemento no contenido en él, la prueba; y en la segunda transcripción, el fallador también viola esa norma en concordancia con el artículo 78 del mismo código, al interpretar equivocadamente el contenido del efecto de la cosa juzgada.

El fallador afirma que el artículo 20 del Código Procesal del Trabajo exige la prueba de lo manifestado por las partes para poder determinar los derechos y obligaciones de los interesados, pero la norma solamente habla de que el funcionario interrogará a los interesados acerca de los hechos que originan la diferencia, sin ordenar que exija prueba alguna.

Cuando el sentenciador introduce al contenido de la norma un elemento que no existe en ella, hace interpretación errónea del precepto.

Además el Tribunal en la segunda parte transcrita, desconoce claramente el efecto de cosa juzgada consagrada en el artículo 20 citado, en concordancia con el 78 del mismo Código, porque declara la invalidez de la conciliación en razón de un juicio que reemplaza la aprobación del funcionario en la conciliación.

El efecto de la cosa juzgada hace que la conciliación no puede ser modificada por

decisión alguna. Aún más, no deberá seguirse juicio sobre las materias conciliadas, corresponde declarar la excepción como previa cuando así se proponga y ha de abstenerse el fallador de tocar el fondo cuando deba resolver en el fallo.

La conciliación realizada ante el funcionario competente, inspector del trabajo o juez laboral, produce por virtud de los artículos 20 y 78 del Código Procesal del Trabajo, el efecto de cosa juzgada.

La conciliación como la sentencia no sólo son obligatorias, sino que por virtud de ese efecto, son definitivas e inmutables.

Como el fallador de segundo grado desconoció el efecto de cosa juzgada a la conciliación presentada en el juicio, por considerar que los derechos conciliados eran ciertos e indiscutibles, interpretó erradamente el efecto de cosa juzgada consagrado en el artículo 78 y en concordancia con él en el 20, ambos del Código Procesal del Trabajo, porque pensó que la cosa juzgada permitía hacer nuevo juicio sobre la misma materia, a pesar de la inmutabilidad que el efecto de cosa juzgada produce en relación con lo decidido o acordado.

Como consecuencia de la interpretación errónea de los artículos 20 y 78 del Código Procesal del Trabajo, fueron indebidamente aplicadas las normas sobre cesantía, vacaciones, primas, pensión de jubilación, despido injusto y su indemnización, las cuales fueron indicadas como de derecho sustancial en la demanda de casación. Si se hubiera admitido el efecto de la cosa juzgada no se habría podido dar aplicación a las mencionadas normas, por lo cual al producir decisiones con base en ellas, fueron indebidamente aplicadas.

Procede pues, casar la sentencia acusada en cuanto revocó la declaración de la excepción de cosa juzgada y resolvió sobre lo demandado.

Consideraciones de instancia

Las peticiones de la demanda con que se inició el juicio son de índole laboral, como son los derechos que se conciliaron, ya que en el acta de folios 36 y 37 del primer cuaderno, se previó que con lo pagado se cubrirían los derechos que pudieran emanar de cualquier contrato de trabajo entre las partes. La razón de las pretensiones es la

misma de que trata la conciliación, pues se refiere precisamente a los servicios prestados por William Pino Ayala a Esso Colombiana S. A., y las partes son las mismas que intervinieron en la conciliación.

Por tal motivo, el acta de conciliación establece que los derechos reclamados en este juicio ya fueron materia de conciliación, y que en virtud del efecto de la cosa juzgada, no puede revisarse lo dispuesto por el funcionario que aprobó el arreglo conciliatorio, y debe confirmarse la declaración de cosa juzgada que produjo el sentenciador de primera instancia. (Sala de Casación Laboral, marzo 12 de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 233, 1ª; 234, 1ª y 2ª, y 235, 2ª).

64

COPARTICIPACION CRIMINAL

(Complicidad necesaria en el delito continuado).

Así planteada la cuestión de facto, corresponde examinar si, como lo afirman los impugnadores, la complicidad necesaria en el delito continuado no es posible sin la identidad de designio con el actor principal y sin la participación del cómplice en todas y cada una de las acciones delictuosas que, reunidas, se consideran como un solo delito. O, lo que es lo mismo, si el cómplice necesario, para serlo, en el delito continuado, ha de aparecer en él, con el autor principal, en identidad de propósitos, de medios, de acciones y de resultados.

Se afirma por los recurrentes que los procesados no participaron en la totalidad de las acciones delictuosas confesadas por el cajero, y que su conducta, si fue delictuosa, por tolerancia, estructura, presuntamente, el encubrimiento. Que su interés, si lo hubo, fue limitado al cambio de pequeñas cantidades, con fondos particulares del cajero o de las empresas, sin que pueda imputárseles complicidad necesaria.

Nuestro Código Penal define al cómplice necesario como la persona que presta un auxilio o cooperación sin los cuales no hubiera podido cometerse el hecho delictuoso.

Admiten los recurrentes que los hechos atribuidos al cajero, confesados por él, configuran la continuidad en el delito de peculado.

El delito continuado es una ficción legal mediante la cual se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio.

Para su estructuración requiere, entonces, la pluralidad de acciones, cada una, en sí misma, constitutiva de delito, y todas, en su conjunto, violatorias de la misma disposición penal, guiadas por idéntico designio. Pudiera afirmarse que la continuidad se conforma como un proceso continuo de delitos discontinuos. O sea que la unidad se da en él como resultado de la pluralidad: unidad legal y pluralidad material.

Esta pluralidad de acciones realizadoras de un idéntico designio criminal, admite la coparticipación y la complicidad en sus diferentes grados. Pero en el caso del cómplice necesario—caso concreto cuestionado por los recurrentes—no demanda comunidad de designio con el autor o autores principales.

Con efecto, uno puede ser el propósito del autor principal, y otro, absolutamente diferente, el que abrigue el cómplice necesario. Y no por ello dejará de ostentar dicha condición si prestó concurso insustituible, oportunamente y en forma consciente.

Tampoco para ser cómplice necesario es obligatorio participar en todas y cada una de las acciones delictuosas independientes, que, enlazadas por designio común, conforman legalmente un solo delito. Basta, por el contrario, que el acto o actos en los que participa el cómplice, se ofrezcan con caracteres ciertos de necesidad, y trasciendan por tal modo evidente en los hechos delictuosos, que sin su presencia no fuera posible la continuidad. No importa que el concurso prestado en estas condiciones carezca de dolo determinado, específico. Basta que el cómplice tenga conciencia de que participa en un proceso delictuoso, a sabiendas de que sin su concurso no es posible su continuidad, o ésta queda en las primeras acciones. Hipotéticamente cabe suponer un concurso de tal naturaleza informado por dolo eventual cuyos alcances se determinan por los resultados.

Sin que valga objetar que de los hechos pretéritos, realizados por el autor principal no puede responder quien tuvo conocimiento de ellos posteriormente, cuando

ya se habían consumado, y limitó su cooperación a permitir la continuación de los mismos hacia adelante. Si quien por tal modo actúa, lo hace incumpliendo voluntariamente y con malicia sus deberes de vigilancia, incurre no en una omisión cualquiera, sino en dolosa omisión. Al permitir con su tolerancia culpable la continuidad en el proceso de acciones delictuosas, a sabiendas de que presta concurso necesario, pues a nadie sino a él ha confiado la sociedad el deber imperioso de vigilar esa determinada actividad, no podrá excusar responsabilidad en la totalidad de los hechos cumplidos por el autor principal, pues calló dolosamente lo que debía denunciar y conscientemente hizo posible la continuidad de acciones pasadas y futuras, cuya concatenación conforma el delito continuado.

Distinto es el caso de quien presta concurso necesario en hecho delictuoso, ignorando que con ello participa en un proceso o en la reiteración de una conducta delictiva. En este caso responderá como cómplice de una sola acción delictuosa. Lo propio ocurre cuando el autor de un delito continuado emplea para la realización de cada una de sus acciones el concurso de un cómplice diferente, justamente, para que su designio de permanecer en el delito y la reiteración no sean descubiertas. (Sala de Casación Penal, 22 de mayo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 479, 2ª, y 480, 1ª y 2ª).

65

CORRECCION DE ERROR ARITMETICO

Son diferentes la aclaración y la corrección.

Como la aclaración y la corrección difieren, no sólo en la oportunidad para proponerlas sino también en cuanto a sus propósitos, ya que la primera va orientada a eliminar la duda motivada en conceptos o frases y la segunda a reparar un yerro de orden numérico, no se puede involucrar, en tal forma que tras la formulación de un error aritmético se pretenda conseguir la aclaración de una providencia. "La correc-

ción numérica —ha dicho la Corte— ha de ser de tal naturaleza que no vaya a producir mutaciones sustanciales en las bases del fallo, porque, de ocurrir tal cosa, se llegaría al absurdo de que a pretexto de una corrección numérica, se pretendiese fuera de tiempo, una aclaración sobre conceptos oscuros o dudosos". (G. J., Tomo LXVI, Pág. 782). (Casación civil, 25 de septiembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 60, 2ª).

66

CUESTIONARIOS EN CONSEJOS DE GUERRA

La pregunta que se hace a los vocales en consejos de guerra debe comprender, en forma concisa, todos los presupuestos sustanciales de la infracción en su aspecto genérico y específico, lo mismo que las circunstancias integrantes y modificadoras de la responsabilidad y de la sanción.

Y es que la nombrada causal "se refiere a la invalidez proveniente de la inobservancia a lo dispuesto en el artículo 559 del Código Penal Castrense, pero, en ningún caso, al desconocimiento de la ritualidad del juicio consistente, como ya se dijo, en la lectura del o los cuestionarios antes de que el Fiscal y la defensa aleguen durante la audiencia".

Según el citado artículo 559, el cuestionario se formulará así: "El acusado N. N. es responsable, sí o no, de los hechos (aquí se determina el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, especificando los elementos que lo constituyen, y las circunstancias en que se cometió sin darle denominación jurídica)?".

Ello significa que la pregunta que se hace a los vocales en los consejos de guerra debe comprender, en forma concisa, todos los presupuestos sustanciales de la infracción en su aspecto genérico y específico, lo mismo que las circunstancias integrantes y modificadoras de la responsabilidad y de la sanción.

Cuando el cuestionario se elabora sin sujeción a esos hechos fundamentales del debate, y los vocales, por dicha causa, no se pronuncian acerca de ellos, se pretermite un acto primordial del juzgamiento, como

lo es el de consignar en el interrogatorio todo lo atinente al cuerpo del delito, a la responsabilidad del autor o partícipe y a las modalidades que le dan a la infracción una gravedad o atenuación especial. Y en tan grave evento se viola el artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar y se incurre en la nulidad establecida en el ordinal 6º del artículo 441 ibídem.

Mas como el hecho aducido por el actor no constituye el motivo de nulidad previsto en el citado ordinal 6º, preciso es rechazar este cargo.

En lo que respecta a lo que subsidiariamente solicita el demandante, es decir, que se tenga en cuenta la nulidad suprallegal que la omisión de la lectura de los cuestionarios con anterioridad a la intervención del Fiscal y del defensor "significa a la luz del complejo de garantías establecidas en el artículo 26 de la Constitución Nacional", hay que observar, como lo hace el Procurador, que tal pretermisión constituiría la inobservancia de una de las formalidades propias del juicio determinante de menoscabo del derecho de defensa; puesto que si "los cuestionarios en los juicios que se tramitan por el procedimiento sui generis de los consejos de guerra verbales, equivalen al auto de proceder, porque es cuando por primera vez se le hace saber al reo el motivo concreto por el cual el Estado lo llama a rendir cuentas y a calificar definitivamente su responsabilidad judicial, el desconocimiento de ese motivo priva, sin llevar a dudas, al inculcado de la oportunidad de defenderse".

Pero en el caso sub judice no ha ocurrido el quebranto o menoscabo del derecho de defensa aducido por el actor como causal de nulidad suprallegal. (Sala de Casación Penal, 4 de octubre de 1973, Tomo CXLVII).

67

CUESTIONARIOS EN LOS CONSEJOS DE GUERRA VERBALES

Procesalmente no puede decirse que el cuestionario o cuestionarios, dentro del consejo de guerra verbal, es cuestión equivalente al auto de proceder con que se inicia

el juicio con el procedimiento ordinario. El cuestionario o cuestionarios que se propongan a los vocales dentro del consejo de guerra verbal, debe referirse al hecho y a las circunstancias que lo individualicen de acuerdo con las pruebas.

De las normas transcritas se pone de manifiesto que buscada por el legislador una mayor rapidez en el juicio militar adelantado por el trámite del consejo de guerra verbal, se ha prescindido de la calificación del mérito de la averiguación mediante sobreseimiento o auto de proceder, iniciándose la causa con la formulación de los cuestionarios o poniéndose fin a la actuación, si "alguno o algunos de los hechos investigados previamente o dentro del consejo no han existido o que la ley no los considera como infracción penal o que alguno o algunos de los sindicados no los han cometido, o que la acción penal no pueda adelantarse o proseguirse" (Art. 578, ya transcrito).

Vale decir, que en cuanto a los efectos procesales, formular o no formular los cuestionarios equivale, con respecto al procedimiento ordinario, al llamamiento a juicio del acusado o acusados, o al sobreseimiento definitivo.

Pero en el aspecto formal, como actos procesales, es obvio que no son la misma cosa hacer esa formulación del cuestionario o cuestionarios o no hacerla y dictar o el auto de proceder o el de sobreseimiento definitivo o el de cesación del procedimiento, por la simple razón de que de estas últimas providencias se ha prescindido en el trámite del consejo de guerra verbal.

3ª De lo inmediatamente antes señalado, se desprende que no pueden hacerse pertinentes para la formulación de los cuestionarios las exigencias de forma previstas para el auto de proceder y de que trata el artículo 540 del Código de Justicia Penal Militar, cuando expresa:

"El auto de proceder contendrá dos partes: una motiva y otra resolutive.

"La parte motiva contendrá lo siguiente:

"(a) Una narración breve de los hechos, con indicación del mayor número de datos personales del sindicado, en cuanto ello fuere posible;

"(b) La enumeración y análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del de-

lito y de aquellas en que se funde la imputación hecha al procesado;

"(c) La calificación genérica del hecho, con indicación de las circunstancias conocidas que lo especifiquen;

"(d) Un comentario razonado a las solitudes que hayan hecho las partes.

"La parte resolutive del auto de proceder contendrá el llamamiento a juicio del sindicado por el delito correspondiente el que se determinará con la denominación genérica que le dé el Código en su correspondiente título o capítulo, sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere violado".

Otra cosa es que el cuestionario o cuestionarios deban ajustarse a los hechos probados y formularse respecto de quien o quienes se tenga, al menos, esa prueba mínima que precisa el auto de proceder, en lo atinente a su responsabilidad.

Esto se desprende del mandato que en este procedimiento del consejo de guerra verbal se trae, de que no se formulen cuestionarios o cuestionario cuando el hecho no ha existido, o la ley no lo considera como infracción penal, o que alguno o algunos de los sindicados no lo han cometido (Art. 578, ya transcrito), pues, a contrario sensu, habrá de proponerse el cuestionario o cuestionarios cuando el hecho ha existido y la ley lo considera como infracción penal y se tiene la prueba necesaria para llamar a juicio en cuanto a la responsabilidad del acusado o acusados.

4ª El cuestionario o cuestionarios se redactarán en la forma indicada en los artículos 559 y 560 del Código de Justicia Penal Militar, manda el artículo 576 de esa obra.

Aquellos artículos dicen:

"Artículo 559. El cuestionario se formulará así: 'El acusado N. N. es responsable, sí o no, de los hechos (aquí se determina el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, especificando los elementos que lo constituyan, y las circunstancias en que se cometió sin darle denominación jurídica)'"

"Artículo 560. Los vocales deberán constatar el cuestionario con un sí o un no; pero si estimaren que el hecho se ha cometido en circunstancias diversas a las contempladas en el respectivo cuestionario, de-

berán expresarlo así brevemente en la contestación.

“Parágrafo. Si en el auto de proceder apareciere, o posteriormente se acreditare, que el sindicado obró en estado de grave anomalía síquica, o de enajenación mental, o de intoxicación crónica, se preguntará separadamente sobre estas circunstancias”.

Se ha dicho que en el trámite correspondiente al consejo de guerra verbal no se profieren ni auto de proceder, ni autos de sobreseimiento definitivo o de cesación de procedimiento (de esto último, del sobreseimiento o de las hipótesis de cesación del procedimiento —cuando la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, por caso— se ocupa el juzgador en la sentencia). Pero al ocuparse de los requisitos del cuestionario o cuestionarios, manda el artículo 576 que se tomen en cuenta, ya se anotó, los artículos 559 y 560. Y el penúltimo alude a que se pregunte a los vocales por “el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder”, con la “especificación de los elementos que lo constituyan, y las circunstancias en que se cometió...” En consecuencia, dado que en el auto de proceder debe señalarse el hecho que se repúte comprobado, y también indicar las circunstancias que lo especifiquen, es obvio que el cuestionario o cuestionarios que se propongan a los vocales dentro del consejo de guerra verbal deben ceñirse al hecho que resulte comprobado y a las circunstancias que lo especifiquen que igualmente aparezcan establecidas.

Y refuerza esta conclusión el tomar en cuenta que dentro del procedimiento ordinario, el cuestionario debe formularse de acuerdo con los cargos que se hayan hecho al procesado al ser llamado a juicio, esto es, conforme al hecho plenamente comprobado y de acuerdo con las circunstancias específicas que modifiquen la responsabilidad (causas agravantes o atenuantes de la sanción) que el juzgador estime acreditadas.

5ª Resulta, entonces, que si procesalmente no puede decirse que el cuestionario o cuestionarios, dentro del consejo de guerra verbal, es cuestión equivalente al auto de proceder con que se inicia el juicio en el procedimiento ordinario, en cambio cabe señalar que la pregunta o preguntas que se hagan a los vocales en el juicio seguido por el procedimiento del consejo de guerra

verbal debe referirse al hecho y las circunstancias que lo individualicen, de acuerdo con las pruebas. (Sala de Casación Penal. 13 de septiembre de 1973, Tomo CXLVII).

68

CUESTIONARIOS PARA EL JURADO

Se ratifica la doctrina de la Corte sobre la inexistencia de nulidad, cuando en una misma pregunta se interroga al jurado, sobre varios delitos cometidos en el mismo lugar, con circunstancias, modalidades y móviles idénticos.

Y refiriéndose la Corte al artículo 502 del Código de Procedimiento Penal derogado, en el que se traía la misma norma de que trata el transcrito artículo 537 del estatuto procesal vigente, dijo en sentencia de casación de 7 de febrero de 1948 (G. J., T. LXV, Pág. 75), lo siguiente:

“Cuando se trata de varios delitos, la ley quiere que se formulen diversas preguntas para que los miembros del jurado puedan pronunciar su veredicto con mayor amplitud sobre el problema de la responsabilidad, pero cuando el cuestionario único contempla minuciosamente el problema sobre el cual tiene que decidir, ya en relación con los cargos formulados en el auto de proceder, ya también frente a las pruebas aducidas en el juicio, la omisión de varias preguntas en el cuestionario no es constitutiva de nulidad.

“Pero cuando en un solo cuestionario se interroga a los miembros del jurado sobre hechos de igual naturaleza, que se realizaron a un tiempo, en el mismo lugar, con circunstancias, modalidades y móviles idénticos, el veredicto del jurado afirmativo o negativo de la responsabilidad no puede servir de fundamento para alegar nulidad constitucional, porque no suscita incertidumbre alguna en cuanto al contenido de lo que en él se quiso expresar; habría en este caso una omisión por la pretermisión de formalidades externas o escritas, pero no una nulidad”

Posteriormente, en fallo de 9 de noviembre de 1962 (G. J., T. C, Pág. 433), señaló

la Corte como fundamento del precepto de procedimiento penal comentado; la búsqueda de “una mayor amplitud para los jueces de conciencia, al definir sobre la responsabilidad del procesado por varios delitos, o de los varios procesados por un solo delito”, al mismo tiempo que facilitar, de acuerdo con los distintos cuestionarios, llegado el caso, declarar la contraevidencia de alguno o algunos de ellos y porque “la contraevidencia no puede ser extendida a lo que no es contraevidente”.

Asimismo, en proveído de 27 de febrero de 1970, citado por el demandante, (G. J., T. CXXXIII, Pág. 219), la Corte reitera la doctrina consignada en la sentencia de 7 de febrero de 1948, la que se dejó transcrita.

En esta oportunidad, no obstante que uno de los cuestionarios propuestos al jurado que juzgó al recurrente de entonces, Adalberto García Ibagué, se refiere a un múltiple homicidio intencional, hechos en los cuales participaron otros acusados, no encontró la Corte que la infracción del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal diese lugar a la nulidad constitucional que en este otro caso alega el demandante, por cuanto, se dice en esa sentencia, “en los cuestionarios elaborados para indagar sobre la responsabilidad del enjuiciado García Ibagué se incluyeron todos los presupuestos que se han reseñado, lo que permitió al jurado dar una respuesta justa, equitativa, e inequívoca”.

b) Del alegado yerro de procedimiento no se desprende violación del derecho de defensa, ni se infiere daño a las bases mismas de la organización judicial. Mal puede, pues, la irregularidad anotada dar origen a la anulación de lo actuado, por esa pretendida violación de las garantías que consagra el artículo 26 de la Carta.

En varias ocasiones ha dicho esta Corporación que se “...ha admitido, en guarda de los principios superiores de la Constitución y para casos extremos, nulidades no establecidas por la ley procesal de modo expreso, deducidas de lo dispuesto en el artículo 26 de la ley suprema y a las que ha denominado...” la Corte ... “nulidades supralegales o constitucionales, cuando se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante vio-

lación del derecho de defensa del procesado”. (Sala de Casación Penal, 28 de noviembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 243, 1ª y 2ª, y 244, 1ª).

69

CUESTIONARIOS Y VEREDICCION

(En los consejos de guerra verbales).

Por lo que toca al contenido del cuestionario, al aspecto sustancial del mismo, la pregunta se formuló a los jurados, como tema para decidir, con fundamento en la prueba producida en la investigación y que permitía plantear el debate sobre hechos constitutivos de un homicidio intencional. Y si el jurado, por unanimidad, afirmó la responsabilidad del acusado sin modificación respecto del título de la imputación, vale decir, si en conciencia llegó al convencimiento de que el homicidio atribuido al sindicado era en realidad doloso y, no culposo, desechando los argumentos que en la audiencia expuso el defensor pretendiendo demostrar lo contrario, no puede ya discutirse acerca de los hechos ni de su proyección jurídica, al margen del veredicto que cerró la controversia sobre las pruebas. (Sala de Casación Penal, 15 de febrero de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 389, 1ª).

ID

70

DELITO DE FUGA

No es circunstancia agravante en el delito, el hecho de que esté cumpliendo una condena, como tampoco es circunstancia atenuadora de la pena, el hecho de que esté cumpliendo una condena por contravención. Las dos son hipótesis específicas del delito de fuga. Respecto de las cuales, como para la evasión de quien se encuentra en detención preventiva, juega la circunstancia

agravadora de la pena, por el empleo de la violencia contra las personas o las cosas.

La norma transcrita contempla tres hipótesis del ilícito, respecto de las cuales se ha señalado específicamente la sanción correspondiente, a saber:

a) La evasión de quien se halla en detención preventiva: Prisión de ocho meses a dos años;

b) La evasión de quien ha sido condenado por delito o por estado de especial peligrosidad social: Prisión de dos a cinco años;

c) La evasión de quien purga pena por contravención: Arresto de uno a seis meses.

Para cualquiera de las tres anteriores hipótesis se ha previsto la circunstancia agravante del empleo de violencias contra las personas o las cosas para lograr la evasión: Aumento de la pena privativa de la libertad de una tercera parte a la mitad.

Así, pues, no se trata de que la fuga de quien cumple pena privativa de la libertad por delito sea una circunstancia agravante, ni que la evasión de quien esté privado de la libertad por haber sido condenado por contravención dé lugar a una circunstancia atenuadora de la pena. Estas dos eventualidades son, como se dejó dicho, hipótesis específicas del delito de fuga, respecto de las cuales, como para la evasión de quien apenas se encuentra en detención precautelativa, juega la circunstancia agravadora de la pena por el empleo de violencias contra las personas o las cosas para lograr la fuga.

2. El artículo 34 del Código Penal, que se ocupa de la denominada en la doctrina reincidencia ficta, dispone:

"El que después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito, incurrirá en la sanción que a éste corresponda, aumentada en una tercera parte para la primera reincidencia y en la mitad para las demás, siempre que el nuevo delito se haya cometido antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la condena. La multa deberá aplicarse en medida no inferior al doble.

"Además de las penas establecidas en el inciso anterior, de la segunda reincidencia en adelante se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola penal, por cinco a quince años, cuando la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos,

los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de la vida llevada por el agente, demuestren en él una tendencia persistente al delito".

Este motivo de agravación de las sanciones no implica, como expresa la Corte en sentencia de 25 de Abril de 1969 (G. J. T. CXXX, página 220), "que la pena impuesta se hubiere purgado efectivamente, ni siquiera que se hubiere mandado ejecutar o hacer cumplir el fallo..." pudiendo deducirse así "el reo hubiere estado huyendo y a pesar de que por el primer delito se hubiere otorgado la condena condicional o el perdón judicial".

3. El artículo 37 del Código Penal, al referirse a las circunstancias de mayor peligrosidad, anota que es una de ellas "el haber incurrido anteriormente, en condenaciones judiciales o de policía". Y se anota en tal precepto que este motivo y los demás que allí se indican, "agravan la responsabilidad del agente, en cuanto no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del delito".

4. Es obvio que la reincidencia obra aun respecto de delitos que no conllevan penas privativas de la libertad. Pero es evidente que quien se fuga cuando está cumpliendo una sanción restrictiva de esa libertad, habida cuenta que la condena que origina su encarcelación se toma en consideración para fijar una represión mayor que la prevista para quien se evade estando, apenas, detenido preventivamente, mal puede tomarse en cuenta el delito que dio lugar a esa condena, también para aumentar la sanción con base en la reincidencia, pues se contradice el principio "non bis in idem".

5. De igual manera, a quien incurre en el delito de fuga cuando cumple una condena no puede tomársele en consideración la citada circunstancia de mayor peligrosidad del ordinal 2º del artículo 37 del Código Penal, pues esa condena que dio motivo a la encarcelación está indicada como condición estructuradora del caso de fuga de presos que reprime el referido artículo 1º del Decreto 236 de 1957, y sería tomar con doble alcance una misma circunstancia agravadora de la responsabilidad. (Sala de Casación Penal, 28 de noviembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 226, 1ª y 2ª, y 227, 1ª).

DELITO DE ROBO A BANCOS Y CAJAS DE AHORRO

(Decreto 2034 de noviembre 8 de 1972.
Competencia).

Las disposiciones atinentes a la competencia dada a la justicia penal militar para conocer del delito de robo, a partir del Decreto 254 de 1971, son las que siguen:

1º Decreto 254 de 1971 (febrero 27):

"Artículo 1º A partir de la fecha del presente decreto y mientras subsista el estado de sitio, la jurisdicción penal militar, además de los delitos establecidos en el Código de la materia, conocerá de las siguientes infracciones:

"i) Robo en cuantía superior a diez mil pesos".

2º Decreto 271 de 1971 (marzo 3):

"Artículo 1º Aclárase el Decreto legislativo número 254 de 1971 en el sentido de que la justicia penal militar conocerá de los procesos por los delitos allí contemplados que se cometan durante su vigencia.

"Artículo 2º El ordinal i) del artículo 1º del Decreto legislativo número 254 de 1971 quedará así:

"i) Delito de robo contra establecimientos o empresas industriales o comerciales cometido en ocasión o como consecuencia de manifestaciones, mítines o actos similares.

3º Decreto 2034 de 1972 (noviembre 8):

"Artículo 1º Los literales g) y h) del artículo 1º del Decreto legislativo número 254 de 1971, quedarán así:

"g) Delitos de que tratan los artículos 254 a 263 del Código Penal;

"h) Delito de robo cometido contra instituciones bancarias o cajas de ahorro.

"Artículo 2º Derógase el artículo 2º del Decreto legislativo número 271 de 1971.

"Artículo 3º Este Decreto rige desde la fecha de su expedición y suspende las disposiciones que le sean contrarias".

En las anteriores condiciones, se tiene que el precepto que atribuía a la justicia

penal castrense competencia para conocer del delito de robo, en cuantía superior a diez mil pesos, se encuentra derogado. En efecto, dicha norma fue sustituida por el aparte i) del artículo 2º del Decreto 271 de 1971, manteniendo el conocimiento de la justicia penal militar del delito de robo, pero no en razón de la citada cuantía, sino en consideración a otros factores (contra establecimientos o empresas industriales o comerciales y con ocasión o consecuencia de manifestaciones, mítines o actos similares), y este último precepto, traído dentro del artículo 2º del Decreto 271 mencionado, quedó derogado, pues de este artículo apenas se mantuvieron los ordinales g) y h), y según este último, solamente es de la competencia de la jurisdicción penal castrense el conocimiento del delito de robo, cuando es cometido contra instituciones bancarias o cajas de ahorros.

Así, pues, salvo en las circunstancias indicadas en ese aparte h), traído en el artículo 1º del Decreto 2034 de 1972, la justicia penal castrense no puede ocuparse de otros casos de robo.

De lo señalado se desprende que, habiendo sido cometido el ilícito que se averigua en perjuicio de una entidad que no es de carácter bancario o institución de ahorro, su conocimiento resulta ajeno a la justicia penal militar.

Cabe recordar lo que señala el artículo 71 del Código Civil, a saber:

"La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

"Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

"Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

"La derogación de una ley puede ser total o parcial".

Y no ofrece dificultad alguna arribar a la conclusión de que el precepto que señaló a la justicia penal militar como competente para conocer del delito de robo cuando la cuantía de éste fuese superior a diez mil pesos, se encuentra derogado.

Es la justicia penal ordinaria, pues, la que debe conocer de este negocio. (Sala de Casación Penal, 10 de mayo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 458, 2ª, y 459, 1ª, y 2ª).

DEMANDA

(Su inalterabilidad).

Por cuanto la demanda es el acto básico del proceso, no sólo porque lo incoa materialmente, sino porque constituye su fundamento jurídico y la causa de la sentencia que en él se profiera, la ley procesal ha impuesto siempre al demandante la obligación de estructurarla con observancia de determinados requisitos. Entre éstos se enlista, según lo preceptuaba el artículo 205 de la derogada Ley 105 de 1931, la indicación de "lo que se demanda, expresando con claridad y precisión los hechos u omisiones"; y, como lo impera el artículo 75 del estatuto procedimental hoy vigente, "lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad", indicando además, "los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones".

Lo cual significa que en el libelo demandador debe quedar claramente determinada la pretensión en los dos elementos que la integran: su objeto y su razón. Es decir, la relación jurídico-material para la cual se impetra tutela; y la afirmación de que lo reclamado se deduce en ciertos hechos que se subsumen en la voluntad declarada por la ley.

Es hoy verdad averiguada que por virtud de la relación jurídico-procesal, que se constituye con la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, queda establecido el ámbito en que ha de desenvolverse el proceso, según los términos de la demanda y su contestación, y delimitado el campo de la decisión del juez. Por consiguiente, el demandado adquiere el derecho a impedir que se modifiquen, salvo el caso de corrección oportuna del libelo inicial, las bases sobre las cuales se trabó la litis; la situación jurídica en que éste se ha colocado al ejercitar el derecho de contradicción que le asiste debe permanecer inalterada por supuestos no contemplados al constituirse dicha relación.

Y como la sentencia es el acto mediante el cual el juez cumple el deber jurisdiccional derivado de los derechos de acción y de contradicción, es en ella en donde reviste mayor trascendencia el principio de la inalterabilidad de la demanda. Bien es cierto

que al pronunciar su fallo debe el juez resolver sobre la pretensión incoada, considerándola en sus dos elementos esenciales, para acogerla o rechazarla; pero también lo es que le está vedado, como consecuencia del aludido principio, otorgar un derecho distinto del pedido, o una relación jurídica similar pero diferente a la invocada, aunque el uno o la otra recaigan sobre el mismo bien y muy a pesar de que aparezcan debidamente probados, o conceder lo suplicado, pero con apoyo en supuestos de hecho distintos de los afirmados en la demanda.

"En cuanto a la determinación y declaración de las normas a aplicar —dice José Chioyenda— la actividad del juez no tiene límites (*jura novit curia*); y como ya hemos observado, no precisa ninguna petición especial de parte, ni el acuerdo de las partes puede en modo alguno, impedirla. Pero en cuanto a la determinación y declaración de los hechos, la posición del juez es muy distinta, siempre que se trate verdaderamente de una cuestión de hecho, esto es, de la existencia de un hecho en el caso concreto, y no de la simple apreciación de la 'calidad jurídica' de un hecho, ni del fundamento de las 'máximas de experiencia', puntos que pertenecen a la cuestión de derecho". Y explica este autor que el "juez puede 'en la esfera del derecho puro' suplir a las partes. Por tanto si el actor se funda en normas de ley inexistentes o mal tomadas, el juez aplicará las normas del caso siempre que el objeto de la demanda no resulte modificado. Si el actor quiere aplicar a un hecho jurídico regulado por normas especiales, normas generales, el juez no rechazará la demanda, pero dentro de los límites del objeto aplicará la norma especial. Lo mismo cuando se trate de la definición jurídica de un mismo hecho, cuando las consecuencias no varían. Pero de todas maneras conviene que el hecho jurídico se mantenga el mismo" (Principios de Derecho Procesal Civil, T. II, páginas 190 y ss.).

El criterio doctrinario que pregonaba la necesidad de que exista correlación entre la demanda y la sentencia, dados sus fundamentos jurídicos y su razón de ser, ha sido consagrado como norma positiva en la legislación colombiana. Así, el artículo 471 de Código Judicial anterior establece que

las sentencias debían guardar correspondencia "con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes", y el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, mediante su artículo 305, estatuye que "la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley".

Si al proferir su resolución el juez altera la pretensión del demandante, ora sea modificando el objeto de ésta o ya cambiando su causa o razón, y como consecuencia reconoce en su fallo un derecho diferente del pedido, o concede lo suplicado pero por hechos distintos de los alegados, su sentencia resultará incongruente por decidir extra petita y por lo mismo lesiva del interés de los litigantes.

Cuando, como ocurre en el presente caso, en su demanda el demandante concreta clara e inequívocamente sus pedimentos a que se le declare dueño de la totalidad de un inmueble, determinándolo como cuerpo cierto, pero en el proceso demuestra tener derecho solamente sobre una cuota en él, no es jurídicamente posible hacer la declaración de dominio sobre esta parte pro indiviso, pues tal resolución implicaría una indiscutible alteración de la pretensión deducida en la demanda, porque, se estaría reconociendo una relación jurídica no invocada en ese libelo, así el derecho reconocido recaiga sobre el mismo bien.

Por cuanto la relación jurídico-material de la cual se hace derivar el derecho pretendido, y por tanto los hechos que lo constituyen, son bien diferentes en uno y en otro caso, no es dable identificar el objeto de la pretensión de una persona tendiente a que se le reconozca propiedad plena de una cosa, con la de quien sólo persigue la declaración de comunero en ésta. Bastaría advertir, para poner de manifiesto su marcada diferencia, que en el primer supuesto el demandante se pretende dueño del bien con exclusión de cualquier otro sujeto; al paso que en el segundo se invoca un dominio compartido con otro u otros. Y si bien el objeto material de la demanda puede

ser el mismo en ambos casos, el objeto de la pretensión deducida en cada uno de ellos no es ni puede ser igual.

Cierto es que con aplicación del principio de la plus petitio el juez debe, en los eventos en que el actor no demuestre el derecho en el quantum señalado en la demanda, reconocerlo en cuantía inferior; pero también es verdad que en tal supuesto debe mantener inalterada la relación jurídica invocada como objeto de la pretensión deducida. Y siendo ello así, como en rigor jurídico lo es, no puede decirse inequívocamente que en los casos en que se demande un cuerpo cierto y el demandante no demuestre ser dueño sino de una parte, debe hacerse la declaración de dominio sobre dicha cuota, porque el cambio de la relación material que dicha resolución supone impide reducir la ocurrencia al referido fenómeno de la plus petitio. (Casación civil, junio 22 de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 131, 1ª y 2ª, y 132, 1ª y 2ª).

73

DEPENDENCIA O SUBORDINACION

La vigilancia sobre la manera como se ejecuta un contrato, la facultad de revisar la contabilidad y los papeles o documentos concernientes al mismo y la obligación de rendir informes periódicos sobre su ejecución, no son por sí solas, pruebas de dependencia o subordinación jurídica, pues son elementos pertenecientes a varios tipos de convenios en que no existe esta característica especial del trabajo. Todo contrato comporta una serie de obligaciones mutuas, cuyo imperioso cumplimiento no es signo de la continuada dependencia o subordinación de una parte a la otra, que es lo que diferencia el laboral de otros similares. Tal dependencia consiste en la facultad que tiene el patrono de dar órdenes al trabajador y el deber correlativo de éste de acatarlas. (Sala de Casación Laboral. Junio 14 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 355, 1ª y 2ª).

74

DESISTIMIENTO

(Es un acto jurídico).

El acto jurídico, ha dicho la Corte, es "una manifestación de voluntad, que tiene

por fin la creación, la modificación o la extinción de un derecho" (XCVII, 102). Y tal es el caso del desistimiento efectuado por la demandante en el proceso que seguía para el reconocimiento judicial de su filiación natural. Ella tenía derecho a que se le definiera esa situación y el desistimiento se lo extinguió. Luego no puede remitirse a duda alguna que se trata de un acto jurídico, comprendido en la disposición del artículo 1740 del Código Civil que, en consecuencia, no pudo ser violado por el Tribunal.

En el concepto de la Corte sobre el acto jurídico, por otra parte, está de acuerdo la doctrina. En efecto, Henoch D. Aguiar, en su tratado sobre "Hechos y Actos Jurídicos en la Doctrina y en la Ley", edición de 1950, dice:

"En general, se está conforme en que el acto jurídico es un acto de voluntad, lícito, realizado con un propósito jurídico inmediato, que no sería otro que los susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones, todo ello mirado desde el punto de vista del que realiza el acto, a quien hay que referirlo en lo que respecta a los efectos jurídicos que está destinado a producir; y desde un ángulo de observación que sólo comprenda el ámbito de los derechos privados del que lleva a cabo el acto..."

No interpretó mal el fallador la sentencia de la Corte citada por el recurrente, porque el Tribunal no dijo que el acto jurídico lo constituía la providencia judicial que aceptó el desistimiento, porque se trata de decisión de un juzgador y por tanto no es una manifestación de voluntad "de quien realiza el acto"; el acto jurídico lo configura la manifestación voluntaria y lícita del desistente, lo que es bien distinto. Y esa manifestación fue la anulada. La resolución del juez de primera instancia, confirmada por el *ad quem*, es del siguiente tenor: "Se declara absolutamente nulo el desistimiento...", no la providencia que lo aceptó. (Casación civil, 16 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 28, 1ª y 2ª).

75

DETENCION ARBITRARIA

Casos en que se incurre en este delito, cuando se impone una pena correccional por de-

sobedecimiento, injuria o falta de respeto a un funcionario.

No tuvo en cuenta el acusado el trámite pertinente de que trata el artículo 310 del Código de Régimen Político y Municipal, que dice:

"Para imponer una pena correccional es necesario probar primero la falta, bien con una certificación escrita del Secretario, o con declaraciones de dos o más testigos presenciales.

"Obtenida esta prueba, el empleado dicta su resolución y la manda notificar al penado.

"Si éste reclamare en los dos días siguientes a la notificación, el empleado examina y resuelve la reclamación. Esa decisión es inapelable pero el empleado que abuse de un poder, a pretexto de ejercer la facultad requerida, será castigado con arreglo a la ley penal.

"Dictada o notificada la resolución definitiva, o transcurrido el término que hay para reclamar, sin que haya solicitud alguna, se procederá a la ejecución de la pena; pero el empleado que la impuso puede en cualquier tiempo revocar su resolución, o rebajar la pena, de oficio o a solicitud de parte.

"Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo los casos en que la ley ordena proceder de otra manera especial.

"Cuando la falta constare en memorial u otro escrito, éste constituirá la prueba necesaria para la aplicación de la pena".

Ahora bien:

En auto de 22 de marzo de 1954 (G. J. T. LXXVII, Página 221), dice la Corte: "Comete delito de detención arbitraria el funcionario que administra justicia y que, antes de estar ejecutoriada la correspondiente resolución, priva de su libertad a una persona, para ejecutar la pena de arresto impuesta como pena correccional por haber desobedecido, injuriado o faltado al respeto al funcionario cuando actuaba en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas".

Y en este caso, con tanta mayor razón, las condiciones tipificadoras del delito de detención arbitraria, de que trata el artículo 295 del Código Penal, se encuentran reunidas, pues, como se dejó observado, ni siquiera el juez profirió la resolución del ca-

so para sancionar correccionalmente a los citados esposos Mancilla-Colorado. El precepto penal dice: "Al funcionario o empleado público que abusando de sus funciones prive a alguno de su libertad, se le impondrá prisión de seis meses a dos años".

En consecuencia, dados los elementos de juicio de que se ha hecho mención, se cuenta con lo que exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para llamar a juicio al sindicado. Y, en este caso, resulta jurídico el auto de proceder que examina la Corte.

La supuesta ausencia de dolo, en que el defensor pretende apoyar su petición de sobreseimiento definitivo en favor del juez, no tiene asidero alguno. En varias oportunidades ha expresado la Corte que, "La presunción de buena fe en el modo de proceder los jueces al aplicar las disposiciones legales no puede aceptarse sino en presencia de disposiciones o de hechos que den lugar a interpretaciones contradictorias o contrarias, mas no cuando existen normas claras, expresas y terminantes de la ley, pues entonces debe exigirse todo el cuidado y diligencia posibles para no violar derechos ajenos al aplicarlas". (Auto de 27 de febrero de 1946, G. J., T. LX, Pg. 209). (Sala de Casación Penal, 28 de margo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 442, 1ª, y 443, 1ª y 2ª).

76

DOCUMENTO PUBLICO

Los documentos públicos en general, son los otorgados por funcionario público en ejercicio de su cargo, o con su intervención (Arts. 251 y 252 C. de P. C.). (Sala de Casación Laboral. Septiembre 7 de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 476, 1ª).

E

77

EMBARGO

De derechos herenciales.

En punto a la manera de practicar el embargo de derechos herenciales la jurispru-

dencia nacional no ha sido uniforme. Ciertamente, como antes de la vigencia de la Ley 105 de 1931 no existiera norma positiva alguna que especialmente reglamentara esta clase de embargo, la Corte se inclinó a aplicar por analogía el procedimiento que sobre el embargo de inmuebles y de derechos reales radicados en éstos consagraba el artículo 39 de la Ley 57 de 1887; es decir, que entonces se exigía para perfeccionar aquel embargo la inscripción del decreto judicial correspondiente en la oficina de registro de instrumentos públicos del respectivo circuito notarial.

Mas, como luego la Ley 105 de 1931, mediante su artículo 282, llenó el vacío legal advertido por la Corte, al establecer dicha norma que "el embargo de derechos que el demandado o presunto demandado persiga, discuta o tenga en otro juicio, se comunica al juez respectivo para los efectos consiguientes", a la modificación normativa así operada le sobrevino el cambio de la doctrina jurisprudencial en lo atinente al embargo de derechos herenciales. Se consideró entonces que como el referido precepto aludía al embargo de derechos de cualquier clase que el demandado "persiga, discuta o tenga en otro juicio", su contenido cobija los herenciales; y por tanto se acogió la tesis consistente en que era suficiente, para que el embargo de éstos se consumase, la comunicación de la medida al juez que tramitaba el correspondiente proceso sucesorio.

"No existe en la ley —dijo la Corte en sentencia de 19 de noviembre de 1956— disposición alguna que consagre —directa ni indirectamente— la tesis que propugna el recurrente en abono de la fundamentación del cargo —la necesidad de inscribir el embargo de derechos herenciales en la Oficina de Registro— menos para el presente caso, cuanto que la materia de él es el simple derecho hereditario en general no el vinculado en determinado inmueble de la sucesión... También resulta que el aviso al juez de la sucesión y la inserción del oficio en el proceso es lo único que asegura o da eficacia al decreto u orden de embargo del derecho hereditario, porque el juez de la sucesión no podrá entregar nada al ejecutado imputable a su derecho herencial y porque como este derecho sólo viene a concretarse en cosas determinadas y ciertas en

la participación, es en esa oportunidad cuando el juez de la sucesión deberá actuar para darle y aprobarse al heredero la hijuela pero con la constancia expresa del embargo, para que así, con esa traba determinada y expresa se le registre el título, oportunidad que es en la que también deberá actuar el Registrador, pues está en su deber hacer en sus libros la inscripción de la hijuela pero con la anotación correspondiente del embargo" (G. J., T. LXXXIII, 829). (Casación civil, 22 de junio de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 128, 2ª y 128, 1ª).

78

EMBARGO

(Distintas maneras de practicarlo).

Pero si, en principio todos los bienes patrimoniales son objeto lícito de embargo, no siempre tal medida se practica en la misma forma: los legisladores, quizás atendiendo a la naturaleza de las cosas sobre las cuales recae, han especificado los procedimientos a seguir en cada caso, los que, dado su carácter especial, es menester observar en los eventos en que cada uno de ellos corresponda, so pena de sacrificar la eficacia del embargo.

Conservados en su esencia por la legislación que hoy impera en la materia, las normas legales vigentes cuando se tramitó la ejecución instaurada por la demandante contra los herederos del difunto, dentro de la cual se practicó el embargo de bienes y se hizo el remate que dio origen al presente proceso (Leyes 57 de 1887 y 105 de 1931), cuya preceptiva es por tanto la que debe acatarse para decidir la controversia suscitada, el embargo se practicaba siguiendo procedimientos diferentes según que él versara sobre muebles o sobre inmuebles. En efecto:

Tratándose de una finca raíz o de un derecho real constituido en ella, el embargo decretado judicialmente se perfeccionaba con la inscripción del oficio que se enviaba al registrador de instrumentos públicos del circuito en donde estuviera ubicado el inmueble (Arts. 39 y 43 de la Ley 57) y si se refería a muebles se consumaba, por regla general, con la entrega de la cosa por el juez al secuestre designado.

Tal manera de practicar el embargo de muebles no constituyó entonces, como tampoco lo es hoy, regla absoluta, puesto que en algunos casos especiales, determinados por la naturaleza de los bienes, el procedimiento legalmente establecido para perfeccionarlo es distinto. Así, por ejemplo, para perfeccionar el embargo de un crédito se debía notificar al deudor mediante oficio que le libraba el juez que lo había decretado (Art. 277 C. J.); y el de derechos que el demandado tuviera en otro proceso, debía efectuarse con la comunicación al juez que conocía de éste (Art. 282 C. J.) (Casación civil, 22 de junio de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 128, 1ª y 2ª).

79

EMBARGO DE BIENES

(Límite en él).

Con las excepciones legales, el acreedor de obligación personal tiene derecho a perseguir su ejecución sobre la totalidad de los bienes raíces o muebles de su deudor, como lo declara el artículo 2488 del Código Civil. Este derecho subjetivo, empero, no es absoluto de tal manera que su titular pudiera, haciendo uso de él, causar daño injustificado a su deudor, inmovilizando o rematando, sin necesidad, la totalidad de sus bienes, aunque legalmente sobre ellos exista prenda general. Tal la razón para que el artículo 2492 siguiente, prescriba que el derecho del acreedor para que se vendan bienes del obligado, se limita a lo meramente indispensable para satisfacerle su crédito, incluso los intereses y los costos de la cobranza, "hasta concurrencia" de estas sumas estatuye el precepto citado.

Desborda, pues, el límite de su derecho, quien conociendo lo que se le adeuda por capital e intereses y pudiendo calcular los costos de la cobranza, para garantizar el pago de estas sumas embarga bienes de su deudor en cuantía diez veces superior al monto de aquéllas, y el que, pudiendo, no destraba los bienes que ninguna garantía prestan para la efectividad de la obligación perseguida, porque, en tal caso, es abusivo el ejercicio de la facultad que al acreedor concede la ley para lograr la tutela del Estado, con el fin de que su obligación insa-

tisfecha se le pague con el producto de la subasta de bienes del obligado (Casación civil, 11 de octubre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 81, 2ª, y 82, 1ª).

80

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

“El criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de éste, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios”.

No es la actividad del trabajador, materialmente considerada y referida a la que se ejecute para persona de derecho privado, la que determina la calificación contractual, en los servidores oficiales, según el artículo 4º del decreto 2127 de 1945, sino la de la entidad en que se prestan los servicios, que siendo el Ministerio de Agricultura, en el sub lite, en dependencia agropecuaria, no podía apreciarse ni como construcción o sostenimiento de obras públicas, ni como empresa industrial, agrícola o ganadera que se explote con ánimo de lucro, ni como institución idéntica a la de los particulares o susceptible de ser fundada o manejada por éstos en la misma forma. (Sala de Casación Laboral. Abril 13 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 312, 1ª).

81

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

Las granjas agrícolas o los terrenos propios de las secretarías de agricultura de los departamentos destinados a esa finalidad, tienen analógica identidad con las granjas o terrenos destinados por los particulares para esos mismos fines de la agricultura. (Sala de Casación Laboral. Agosto 20 de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 451, 1ª).

82

ENTIDAD OBLIGADA AL PAGO DE PRESTACIONES DE TRABAJADORES OFICIALES

La obligación de pagar las prestaciones de los trabajadores oficiales no está a cargo de la entidad que fue patrono de ellos, sino a cargo de la caja respectiva.

Por otra parte, el artículo 2º del Decreto 1600 de 1945 citado, permite la afiliación a otra institución oficial de previsión social, como la Caja de Previsión Social de los trabajadores de la Universidad del Cauca, a cuyo cargo está el reconocimiento, financiación y pago de las prestaciones sociales, entidad que tiene personería reconocida de acuerdo con la copia de la Resolución 247 de 5 de mayo de 1961.

Es de advertir que la sentencia acusada, tampoco absolvió del auxilio de cesantía a la Universidad del Cauca, sino que se abstuvo de resolver en el fondo, precisamente porque ese derecho puede reclamarse de la Caja respectiva.

Como ninguna de las normas citadas en el cargo determina la persona obligada a pagar la cesantía oficial, y el ataque se encamina a obtener la condenación de la Universidad del Cauca a pagar auxilio de cesantía y la indemnización consecuencial, la proposición jurídica es incompleta, por falta de señalamiento de la norma que consagra la persona obligada a cubrir dicha prestación (Sala de Casación Laboral, agosto 13 de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 414, 2ª).

83

ERROR DE DERECHO

(En el nuevo C. de P. C.).

Lo ha dicho ya la Corte y hoy lo reitera, que a pesar de que el Código de Procedimiento Civil que rige en el país desde el 1º de julio de 1971, en punto a valoración de pruebas consagró como regla general el sistema de la persuasión racional, conforme al cual corresponde al fallador ponderar razonadamente su mérito de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como conservó sin

embargo la necesidad de observar determinados ritos en la producción de los diferentes medios, el error de derecho, como modalidad de la causal primera de casación, no desapareció absolutamente de su parrama.

Y así, en esta clase de yerro puede hoy ocurrir el fallador cuando aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando, viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las avalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probativo por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere.

Por cuanto en ninguna de estas hipótesis se trata de que el sentenciador deje de ver las pruebas que obran en el proceso o suponga las que no existen en él, sino de que en la tarea valorativa de ellas infringe las normas legales que regulan su producción, su conducencia o su eficacia, los errores en que incurre no son de hecho sino de derecho (Casación civil, 25 de septiembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 65, 1ª y 2ª).

84

ERROR DE HECHO

El ataque resulta mal planteado como error manifiesto en la estimación de los contratos enunciados, pues el sentenciador no vio en ellos nada distinto de lo que dicen: que el salario sería pagado íntegramente en especie. Evento diferente es que hubiera hallado justificada esta estipulación y que las consideraciones respectivas sean equivocadas: la vía para conseguir la enmienda de este yerro, si lo hubo, no era la escogida, pues es sabido que el error de hecho evidente en la apreciación de una prueba sólo existe cuando halló el juzgador en ella cosa diversa de lo que reza o cuando no tuvo en cuenta lo que con cla-

ridad resulta de la misma y ya se indicó de qué manera el Tribunal admitió sin más la forma de pago convenida entre las partes. No existe, por tanto, error de apreciación de la prueba contractual aun cuando pueda haberlo habido respecto de la legalidad de lo pactado: esta diferencia imponía la formulación de la censura por concepto distinto del error de hecho (Sala de Casación Laboral, enero 18 de 1973).

85

ERROR DE HECHO

Como puede observarse de lo transcrito, el impugnador expone sus personales puntos de vista sobre cómo debe apreciarse la prueba, pero no hace una crítica a la forma como fue estimada por el fallador de segunda instancia, ni se refiere a la defectuosa aplicación o inaplicación por parte del ad quem de los principios lógicos que informan la prueba, ni establece mediante un juicio razonado la ostensible contradicción entre el efecto valorativo de la prueba y la realidad procesal. O sea, en otros términos que no demuestra la apreciación errónea de la prueba ni el consecuencial error de hecho. (Sala de Casación Laboral. Marzo 8 de 1973).

86

ERROR DE HECHO

Si, como lo asevera el impugnador, el Tribunal tergiversó los testimonios haciéndoles decir lo que no expresan, o prescindió de considerar lo que sí dicen; si equivocadamente dio por establecidos los hechos estructurales de cada una de las presunciones de paternidad en que se funda la demanda; y, en fin, si la conclusión del sentenciador contradice la realidad fáctica que la prueba testifical establece, el juicio del fallador, por referirse a la objetividad misma de la prueba, entrañaría un error evidente de hecho y no de derecho. Y ese visible yerro de facto del Tribunal no lo podría considerar la Corte dentro de los claros límites de error de derecho que el impugnante ha demarcado en la formulación de esta censura. (Casación civil, 29 de octubre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 99, 2ª).

§7

ERROR DE HECHO

Como para que este error tenga trascendencia en casación se requiere que sea la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal, se impone afirmar que no es posible sustentar ataque a la sentencia con fundamento en error de hecho en la apreciación de los medios de prueba, cuando el fallador parte de la base de la presencia de ellos en el proceso, pero no los estima por considerarlos inconducentes o ineficaces. (Casación civil, 5 de noviembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 111, 1ª y 2ª).

§8

ERROR DE HECHO

Acusar por aplicación indebida a consecuencia de error de hecho es correcto, pues aquél es concepto propio en casación laboral (aun en la modalidad de la falta de aplicación) y tal concepto no sólo se da por la vía directa, como parece significarlo el opositor, sino asimismo por la indirecta, como en el recurso de autos, en el que se acusa a absolución por el derecho jubilatorio pedido en la litis, con la consiguiente violación de las normas que lo consagran, por errores evidentes de hecho en la apreciación de determinadas probanzas. (Sala de Casación Laboral, junio 27 de 1973).

§9

ERROR DE HECHO

Los yerros que no son trascendentes carecen de valor impugnativo.

Para que un cargo montado en terrenos de la causal primera de casación pueda prosperar, requiérese, si se alega comisión de error de hecho, a más de las exigencias propias de toda impugnación por vía directa, que el recurrente demuestre el yerro alegado, que éste no sea de aquellos para cuya comprobación sea menester "esforzados razonamientos", es decir, que sea evidente porque salte a la vista con su sola

enunciación y, finalmente, que el yerro recaiga sobre uno de los hechos decisivos de la litis, pues si por referirse a un hecho intrascendente no tiene virtud suficiente para generar la modificación de las resoluciones de la sentencia, entonces tal error es inocuo.

En casación los yerros que no son trascendentes carecen de valor impugnativo, pues a pesar de que existan, su ocurrir en nada afecta las conclusiones del fallo, y, por ende, son ineficaces para estribar la casación de éste. (Casación civil, 16 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 37, 2ª y 38, 1ª).

§10

ERROR DE HECHO

Exhaustivamente lo tiene dicho la jurisprudencia que la impugnación por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto una prueba que no obra en los autos o ha ignorado la presencia de la que sí está en ellos, hipótesis éstas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cerceamiento del mismo (preterición). Se requiere, además que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el Tribunal por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba, y que el error cometido sea la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal. (Casación civil, agosto 16 de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 47, 2ª y 48, 1ª).

§11

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

(Diferencias).

La crítica probatoria que el actor adelanta bajo la invocación de la causal primera sólo traduce una diferencia de criterios entre el fallador y el demandante respecto del poder de convicción de los elementos de juicio en que aquél fundó la responsabilidad penal del procesado en cuanto al delito de falsedad en instrumentos negociables. De

manera insistente ha expresado la Corte que la autonomía del sentenciador para valorar el material probatorio sólo puede considerarse limitada en dos casos: a) Cuando existe una antinomia tan rotunda entre la evidencia que las pruebas concretamente proclaman y la percepción deformada del Tribunal, hasta el punto de que éste estima probado lo que indiscutiblemente no lo está, o niega la presencia real de lo que se halla comprobado de manera irrefutable; b) Cuando le otorga a un determinado elemento de juicio el valor de que carece, o deja de reconocerle el que tiene, todo conforme a las normas legales que regulan o disciplinan el mérito demostrativo de las pruebas y la manera como éstas deben incorporarse válidamente al proceso. El primer caso estructura el error de hecho, y configura el segundo el error de derecho. (Sala de Casación Penal, 27 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 440, 1ª).

92

EVICCIÓN

(Sus requisitos).

Al saneamiento por evicción se refiere el artículo 1894 del Código Civil, y a los vicios redhibitorios el artículo 1914 *ibídem*.

De la definición dada por el primero resulta que para que haya evicción deben reunirse los siguientes requisitos: a) Que el comprador sea privado del todo o parte de la cosa comprada; b) Que esa privación tenga una causa anterior al contrato, y c) Que, en principio se origine en sentencia judicial.

La obligación de sanear no sólo le impone al vendedor el deber de indemnizar al comprador que sea despojado, sino también el de ampararlo para evitar que el despojo se produzca.

Si la evicción es parcial y de tal magnitud que de haberla conocido el comprador no hubiera celebrado el contrato, éste tiene un derecho alternativo, a saber: pedir la resolución del contrato o el saneamiento parcial con arreglo a los artículos 1904, 1909 y 1911 del Código Civil. (Casación civil, 15 de diciembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 160, 2ª, y 161, 1ª y 2ª).

93

EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

El artículo 1609 del Código Civil consagra expresamente la excepción de contrato no cumplido. Ninguna de las partes puede demandar a la otra para exigirle el cumplimiento o la resolución del contrato, si no ha cumplido por su parte o está pronta a cumplir las obligaciones que éste le impone. Si lo hace sin haber llenado este requisito, la parte demandada que no se encuentra por lo mismo en mora, puede oponer la excepción de incumplimiento. En los textos romanos no se halla enunciada la regla según la cual, en todos los negocios, jurídicos que dan lugar a relaciones recíprocas, ninguna parte puede reclamar de la otra ejecución de sus compromisos si a su vez no ha ejecutado los suyos, o no ofrece ejecutarlos, lo que hace presumir que la *exceptio non adimpleti contractus*, como regla no fue conocida por los juristas romanos.

En el derecho francés, que ha repudiado toda distinción entre los contratos de derecho estricto y los de buena fe, y entre los contratos nominados e innominados, no podía dejar de admitirse el principio de la ejecución simultánea y su sanción.

Domat se expresa en estos términos: En todas las convenciones siendo el compromiso del uno fundamento del compromiso del otro, el primer efecto de la convención es que cada uno de los contratantes pueda obligar al otro a ejecutar su compromiso, ejecutando el suyo por su parte, según que uno y otro se hallen obligados por la convención, sea que la ejecución deba hacerse de una y otra parte al mismo tiempo, o que la ejecución deba preceder de la parte del uno a la parte del otro (Lois civiles, Libro 1º, Pág. 629).

El Código chileno en su artículo 1552, igual al 1609 del nuestro, sancionó el principio de que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, inspirándose en las reglas especiales de Las Partidas, que consignaban para la compraventa y las promisiones en general, en las

cuales se hallaba en realidad consultado el cumplimiento de las obligaciones recíprocas y relacionando sus preceptos con la constitución en mora, indispensable para hacer responsable al deudor que no ejecutó oportunamente la prestación a que se obligó y responsabilizándolo de los perjuicios causados.

El principio básico sobre el cual reposa la *exceptio non adimpleti contractus*, es la equidad. Por consiguiente, para que tenga cabida la excepción de inejecución, se requiere en primer lugar, que exista entre las partes una relación bilateral obligatoria, en la que la parte perseguida sea efectivamente deudora de una prestación emanada de esa relación, y al mismo tiempo acreedora de una contraprestación no efectuada aún por la otra. En segundo lugar, se requiere que el contratante a quien se demanda la ejecución, no se halle forzado por el contrato a satisfacer primero su obligación. Esta condición emana de los principios mismos en que se funda la excepción de inejecución, porque una de las partes no puede prevalerse de la regla de la igualdad, si la naturaleza del contrato o un pacto expreso le impone el cumplimiento de su prestación antes que el de la otra. Por tanto, este medio de defensa es improcedente si la contraparte ya ha realizado su prestación, o si se pacta el cumplimiento de la obligación de una parte antes que el de la otra.

El tercer requisito para poder hacer valer la excepción de inejecución, es la buena fe. Un contratante a quien se exige la ejecución de sus compromisos, no puede resistirse a pagar su prestación, fundándose en la inejecución de los compromisos correlativos del demandante, sino en cuanto esta negativa, justificada por lo demás, es compatible con la lealtad y la confianza recíprocas necesarias en la ejecución de los contratos. (Casación civil, 15 de diciembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 162, 1ª, y 163, 1ª y 2ª).

94

EXTENSION DE LA CONVENCION. A TERCEROS

La circunstancia de que se esté debiendo al sindicato las cuotas ordinarias, por no habérselas descontado la empresa, no es óbice para que se le aplique la convención.

"2. Cuando el sindicato agrupe a más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, los trabajadores no sindicalizados, por el hecho de beneficiarse de la convención, deberán pagar al sindicato, durante su vigencia, una suma igual a la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados al sindicato, a menos que el trabajador no sindicalizado renuncie expresamente a los beneficios de la convención.

"3. Las cuotas o porcentajes que se establezcan serán siempre uniformes para todos los trabajadores".

La confrontación de estos dos preceptos no muestra, como lo pretende el opositor, que el segundo condiciona al primero, o sea, que si no se descuentan "las cuotas ordinarias con que contribuyen los afiliados al sindicato", deje de tener efecto la extensión de la convención a terceros. Se trata de dos situaciones diferentes: por la primera "las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados", cuando los afiliados del sindicato pactante excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, lo que ocurre en el evento a estudio; por la segunda, "los trabajadores no sindicalizados, por el hecho de beneficiarse de la convención deberán pagar al sindicato, durante su vigencia, una suma igual a la cuota ordinaria...". "Adviértase que el texto no dice que para beneficiarse de la convención deberán pagar la cuota, sino que "por el hecho de beneficiarse" de ella están obligados a cubrirla, es decir, que esta obligación es consecuencia del beneficiarse de lo pactado, y no que el pago de la cuota sea lo que produzca el poder aprovecharse de los beneficios convencionales. El deber de satisfacer dicha cuota es deuda del no sindicalizado con el sindicato, quien puede exigir su pago, "a menos, concluye la norma, que el trabajador no sindicalizado renuncie expresamente a los beneficios de la convención", lo que no sucedió respecto de la de 1966 por parte del actor, según lo expuesto arriba.

En consecuencia, la circunstancia de que éste esté debiendo al sindicato las cuotas ordinarias por no habérselas descontado la empresa, no era óbice para que se le aplicara el artículo 24 de la convención de que se ha hecho mérito.

En estas condiciones, resultan probados los errores de hecho imputados a la sentencia, pues la opinión de la Presidencia de Bavaria S. A. en el sentido de que "es ilógico, falto de ética y aun inmoral", que el personal directivo "esté amparado por unas condiciones que ellos mismos tienen que negociar, administrar y aplicar, como resultado de un pacto", no tiene fuerza para impedir que se aplique un texto legal que ordena extender la convención a los no sindicalizados, sin hacer distinción entre personal directivo y subalterno para ese efecto y sin excluir de la aplicación de la misma a quienes la negociaron a nombre del patrono.

Y el hecho de que el actor hubiera sido uno de los negociadores de la convención contra cuya aplicación a su caso particular reclama, lejos de argüir contra dicha aplicación, la refuerza, ya que estaba perfectamente enterado de que la empresa podía jubilar a quienes tuvieran 25 años o más de servicio, aunque no hubieran cumplido 55 años de edad, y no renunció sin embargo a los beneficios de la misma. (Sala de Casación Laboral, marzo 29 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 290, 1ª y 2ª).

95

EXTRADICION

Está restringida bien sea por la calidad de la persona cuya extradición se pide, ora a las modalidades que puedan acompañar al hecho para ratificarlo como delito común o como delito político, también a la pena correspondiente con la cual cada Estado reprime la infracción.

En conceptos del 27 de marzo de 1947 (G. J., T. LXIII, Pág. 145) y del 25 de agosto de 1951 (G. J., Tomo LXX, Pág. 192), la Corte definió expresamente que con la república del Ecuador existe el Acuerdo Bolivariano sobre extradición suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911, ratificado en Colombia por la Ley 26 de 1913 y que las disposiciones contenidas en él se imponen a los principios generales.

Se reafirma esta declaración con la Convención de 1933, suscrita en Montevideo y aprobada por la Ley 74 de 1935, cuyo ar-

tículo 21 dispuso: "La presente convención no abroga ni modifica los tratados bilaterales o colectivos que en la fecha del actual estén en vigor entre los Estados signatarios".

En los conceptos citados la Corte expresó "los Estados contratantes convinieron mutuamente en entregar a los individuos que condenados o procesados por las autoridades judiciales de los respectivos países en calidad de autores, cómplices o encubridores, busquen asilo o se encuentren en territorio de uno de ellos. Pero este principio —extradición— no se consignó en el tratado público como norma absoluta y libre sino como precepto restringido o condicionado, bien sea a la calidad de la persona cuya extradición se pide, ora a las modalidades que pueden acompañar al hecho, para ratificarlo como delito común o como delito político, también a la pena correspondiente con la cual cada Estado reprime la infracción".

Estas mismas afirmaciones están contenidas y ampliadas en el concepto del 22 de febrero de 1961 (G. J., T. XCIV, Pág. 702), si bien referidas a una solicitud de extradición hecha por el gobierno de Venezuela, con el cual Colombia está vinculada igualmente por el Acuerdo Bolivariano de 1911. En esta oportunidad se aclaró que la entrega de los propios nacionales no está prevista en dicho Acuerdo y que en esas condiciones, no figurando como excepción, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 9º del Código Penal colombiano.

Fluye de lo anterior que los conceptos de 1947 y 1951, ya citados, deben ampliarse en el sentido de que, concurrentemente con la calidad de la persona cuya extradición se demanda, con el examen de las modalidades del hecho y con el cómputo de la pena correspondiente, debe tenerse en cuenta si se trata de un nacional del propio país ya que esta sola circunstancia impediría acceder a la demanda del Estado extranjero signatario del Acuerdo Bolivariano. Las razones son obvias y aparecen expuestas así en concepto de 16 de noviembre de 1951 (G. J., T. LXX, Pág. 887), que se ratifican ahora:

"Obvio es el motivo que existe para prohibir la extradición de los propios nacionales por demanda de otro Estado, y consiste en que se considera expuesto a posibles

peligros, graves y humanos, el juzgamiento de ellos en el extranjero cuando habiendo delinquir fuera del país se encuentren de nuevo en su patria.

“Y en Colombia la prohibición descansa también en la base de que esos posibles riesgos son innecesarios, pues esta república, en un intento o principio de internacionalización del derecho penal con el propósito laudable de empezar a hacer efectiva la solidaridad de las naciones en la represión de la delincuencia, consignó en el artículo 7º del Código Penal de 1936 precisas reglas para aplicar la ley penal colombiana a nacionales y extranjeros que hayan perpetrado en el exterior algún delito, sin contar la contingencia especial de que trata el 5º.

“Semejantes reglas de aplicación de la ley penal en el espacio equivalen a una extensión provechosa de la extraterritorialidad de la misma ley en busca de la defensa social de todas las naciones”.

Estas consideraciones encuentran respaldo además en el texto mismo del Acuerdo Bolivariano de 1911, pues el inciso 3º de su artículo 8º dice: “La extradición de los prófugos, en virtud de las estipulaciones del presente Tratado, se verificará de conformidad con las leyes de extradición del Estado al cual se haga la demanda”, lo cual significa que Colombia debe aplicar el artículo 9º de su estatuto represor y negar la entrega de sus propios nacionales.

La referencia se hace de manera expresa respecto de Octavio Álvarez Duque y Luz María Peña de Calderón, no así respecto de Nabile Karam, que es ciudadano extranjero, como resulta de los documentos públicos aportados y de las declaraciones hechas por él.

En relación con éste, la extradición no puede concederse porque el delito de que se le acusa fue cometido en territorio colombiano, de manera que rige en su caso el principio consignado en el artículo 4º del estatuto represor. No se trata de infracción cometida por este ciudadano en la república del Ecuador, sino de un hecho autónomo ejecutado en Colombia y sometido a proceso conforme a la norma sustancial que acaba de citarse (Sala de Casación Penal. 13 de diciembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 260, 1ª y 2ª, y 261, 1ª).

F

96

FACULTAD DEL TRIBUNAL PARA HACER ENMIENDAS JUDICIALES

El Tribunal tiene competencia para reformar la condena impuesta por el juez del conocimiento, si no con base en el recurso de apelación interpuesto, sí por la consulta de la sentencia de primer grado, que para el caso era procedente. — La Corte reafirma una vez más la doctrina que expuso en la sentencia de 27 de noviembre de 1972.

1º La Sala reafirma una vez más la doctrina que expuso en la sentencia de 27 de noviembre de 1972 (casación de Salomón Meza y Santiago Muñoz), según la cual la competencia del juez de segundo grado, originada por apelación del procesado o de su patrono judicial, lo faculta para revisar la providencia del inferior limitadamente al examen de los agravios que el acto impugnado hubiera podido causar al apelante, expresa o tácitamente comprendidos en el recurso, es decir, no da atribución al superior para hacer enmiendas perjudiciales, por contener mayores cargas, para el recurrente, o sea que también el proceso penal está regido por el principio de la prohibición de la reformatio in pejus.

2º Esa tesis tiene plena validez cuando la competencia del ad quem dimana por modo exclusivo del acto voluntario de la apelación del inculcado, como se advirtió en el referido fallo. No tiene operancia, por consiguiente, en el evento de apelaciones concurrentes de las distintas partes ligadas al proceso, ni cuando se trate de providencias que, por su importancia, están sometidas por la ley a consulta, grado éste de jurisdicción que confiere plenos poderes para revisar la resolución judicial del a quo por todos los aspectos y hacerle las enmiendas que el superior estime conformes con el derecho. En efecto, en la sentencia de que se viene haciendo mérito se dijo:

“...el control pleno del acto jurisdiccional, en lo que respecta al *thema decidendum* de naturaleza penal, sólo puede ejercerse por el superior jerárquico por medio de la consulta, cuando la ley la ordena, o al través de la alzada interpuesta por el

Ministerio Público, cuya misión, como representante de la sociedad, es no solamente la de procurar la sanción de los infractores de la ley penal, mas también la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción (Art. 102 del C. de P. P.). Por manera que la apelación interpuesta por el Agente del Ministerio Público y la consulta son los medios jurídicos excogitados por el legislador para que se ejerza el ilimitado dominio sobre las resoluciones judiciales, en lo que concierne a la extensión del poder dispositivo *del ad quem*, para garantía del interés social de la potestad represiva del Estado".

3º En el caso *sub examine*, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva tenía la plenitud de la competencia para estudiar la actuación del Juzgado 3º Penal del Circuito, y, por ende, para modificar la sentencia dictada por éste con elevación de la pena en ella señalada al procesado..., no obstante el recurso de apelación que éste había interpuesto contra el fallo, por tratarse de una providencia consultable, a voces del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, no obstante que no se hubiera hecho por los juzgadores de las instancias mención de la consulta, pues ésta opera *ope legis*, esto es, por imperio de la ley. Y fue la consulta, dicho sea, la que permitió al referido Tribunal conocer de la condena impuesta por primera instancia a la procesada..., quien no propuso apelación contra ella.

4º Importa observar que la condición impuesta en el artículo 199 del Código de Procedimiento, para la consulta de las providencias que enumera la disposición, al decir que tal fenómeno procede "cuando contra ellas no se hubiere interpuesto el recurso de apelación dentro del término legal", debe interpretarse, para su correcto entendimiento no en forma literal o rigurosamente exegética, sino de modo que armonice con los principios básicos del procedimiento y con el ordenamiento jurídico, método científico por el cual se concluye que la apelación a que alude la norma, aunque ella no haga la distinción, no puede ser otra que la que le concede al *ad quem* la plena competencia para revisar la decisión del *a quo*, como es, *vr. gr.*, la que hace valer el Agente del Ministerio Público. No

puede olvidarse que lo que la ley quiere, al establecer la consulta para determinadas resoluciones judiciales, es que los asuntos comprendidos en ellas tengan necesariamente dos instancias, sin límites en cuanto al poder decisorio de los jueces.

5º Por los motivos expuestos, la nulidad alegada en el primer cargo de la demanda carece de fundamento y habrá de ser desechada como lo solicita el colaborador fiscal, pues el Tribunal Superior de Neiva tenía competencia para reformar como lo hizo la condena impuesta por el juez del conocimiento al procesado..., si no con base en el recurso de apelación que éste interpuso, sí por la consulta de la sentencia de primer grado, que para el caso era procedente. (Sala de Casación Penal, 21 de agosto de 1973, Tomo CXLVII).

97

FALTAS CONTRA LA ETICA PROFESIONAL

La segunda instancia de estos procesos corresponde al Tribunal Disciplinario en forma exclusiva.

El Decreto extraordinario 196 de 12 de febrero de 1971, que contiene el estatuto del ejercicio de la abogacía, atribuyó al Tribunal Disciplinario, creado por el artículo 217 de la Constitución política, el conocimiento en segunda instancia, suscitada por apelación o consulta, de los procesos contra abogados por infracciones establecidas en el Capítulo I del Título VI de aquel ordenamiento, y prescribió que mientras la ley organizaba el funcionamiento de ese Tribunal, las funciones a él asignadas por el ameritado decreto serían ejercidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (Arts. 66 y 68).

La Ley 20 de 30 de diciembre de 1972, que por disposición de su artículo 22 entró en vigor el 7 de febrero de 1973, fecha en que fue publicada en el Diario Oficial 33782, determinó la composición y el funcionamiento del Tribunal Disciplinario, y reafirmó la competencia del mismo para "conocer de los procesos que se adelanten contra

los abogados por contravenciones a la ética o a sus deberes profesionales, conforme al estatuto del ejercicio de la abogacía" (Art. 7º, ordinal 2º).

Organizado como fue por dicha ley el funcionamiento del Tribunal Disciplinario, y cumplida así la única condición señalada en el artículo 68 del Decreto 196 de 1971, se privó a la Corte, desde el momento en que empezó la vigencia de aquélla, de la competencia provisional que le había dado el artículo de última cita.

Las normas atributivas de competencia son de interpretación restricta y, al igual que las concernientes a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplican desde que entran a regir, tal como lo prescribe el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, el proceso debe ser remitido oportunamente por la Secretaría de esta Sala al Tribunal Disciplinario, al que corresponde el conocimiento. (Sala de Casación Penal, 27 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 435, 1ª).

98

FALTAS CONTRA LA ETICA PROFESIONAL

La segunda instancia de estos procesos corresponde al Tribunal Disciplinario en forma exclusiva.

Se atribuye por el Decreto 196 de 1971 (Estatuto del ejercicio de la abogacía) al Tribunal Disciplinario, creado por el artículo 217 de la Constitución Nacional, el conocimiento en segunda instancia, originada por apelación o consulta, de los procesos contra abogados, por infracciones previstas en el Capítulo I del Título VI de aquel decreto, y señala, además, que mientras la ley organiza el funcionamiento del Tribunal Disciplinario, las funciones a éste asignadas serán ejercidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (Arts. 66 y 68).

La Ley 20, de 30 de diciembre de 1972, que entró en vigencia el 7 de febrero del

corriente año de acuerdo con lo que expresa el artículo 22 de la misma (fecha de su publicación en el Diario Oficial número 33782) determina la composición y el funcionamiento del Tribunal Disciplinario, y reafirmó la competencia del mismo para "conocer de los procesos que se adelanten contra los abogados por contravenciones a la ética o a sus deberes profesionales, conforme al estatuto del ejercicio de la abogacía" (Art. 7º, Ord. 2º).

Así, pues, habiendo sido organizado por dicha ley el funcionamiento del Tribunal Disciplinario y realizada, en consecuencia, la única condición prevista en el artículo 68 del Decreto 196 de 1971 para dar competencia en estos asuntos a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se ha privado a ésta de tal competencia desde la fecha en que entró a regir el citado estatuto orgánico del Tribunal Disciplinario, la que le fue otorgada provisionalmente por el precepto inmediatamente antes mencionado.

Cabe recordar que las normas atributivas de competencia son de interpretación restrictiva, y, al igual que las concernientes a la sustanciación y ritualidad del proceso, son de aplicación inmediata, esto es, desde cuando entren a regir, de acuerdo con lo que indica el artículo 6º del procedimiento Penal. (Sala de Casación Penal, 27 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 441, 1ª y 2ª).

99

FILIACION NATURAL

Caducidad de los efectos patrimoniales de la acción de filiación, muerto el padre.

Es evidente que si el presunto padre natural ha muerto después de estar en vigencia la Ley 75 y "la demanda" de paternidad natural no se notifica dentro de los dos años siguientes a la muerte de aquél, la declaración favorable al demandante que en tal caso se haga, no puede producir efectos patrimoniales, porque así lo dispuso esa ley en su artículo 10. Esta norma señaló un efecto especial y nuevo

al hecho de la muerte del padre o del hijo al darle poder para generar la caducidad del derecho a obtener una declaración de paternidad natural con los efectos patrimoniales que le son propios, siempre y cuando "la demanda" de filiación no sea notificada dentro de los dos años siguientes al deceso. Si la notificación del auto admisorio, pues, se hace pasado ese término, aunque por ello no se extingue el derecho a demandar la declaratoria de paternidad, sí caducan los efectos económicos que tal declaración debiera aparejar.

Si la muerte del padre o del hijo ha ocurrido, empero, antes de entrar en vigencia la dicha ley, como al hecho de la defunción sólo se le atribuyó el efecto antes indicado desde la vigencia de la misma, es apenas lógico concluir que, en tal evento el término de dos años dentro del cual "debe notificarse la demanda de filiación", no puede contarse desde la fecha de la defunción respectiva, por haber ocurrido en tiempo anterior a la vigencia de la Ley 75, sino desde que ésta entró en vigor, pues lo contrario entrañaría darle efectos retroactivos a esa norma (Casación civil, 5 de abril de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 85, 1ª y 2ª).

100

FILIACION NATURAL

Causal de relaciones sexuales: No es decisivo determinar las fechas de iniciación y finalización de dichas relaciones. Cómo calcular la época de la concepción.

Por último conviene precisar que para declarar la paternidad natural con apoyo en la causal contemplada en el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, es decir, sacando la presunción respectiva del hecho de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción, no se requiere, como lo sostiene el recurrente, que los testigos que dan noticia de los hechos que permiten concluir la existencia de esas relaciones, expresen con precisión entre qué fechas queda comprendida la época de la concepción o digan también, señalando el respectivo día, cuándo

se iniciaron o terminaron las dichas relaciones.

Nada importa para el caso que los testigos desconozcan el día en que el trato carnal tuvo inicio o aquel en que cesó temporal o definitivamente. Lo importante es que la convivencia sexual que haya tenido la madre con quien se identifica como presunto padre natural, coincida con cualquiera de los días del período en que pudo producirse la concepción del hijo sobre cuya paternidad se litiga.

En el punto, lo expuesto compasa íntegramente con la exigencia del artículo 6º, numeral 4º, de la Ley 75 de 1968, pues allí no se requiere señalar expresamente las fechas entre las cuales existieron las relaciones sexuales, sino la demostración de que éstas realmente hayan acaecido y que el tiempo en que ocurrieron, coincida, al menos en parte, con el período en que el hijo tuvo que ser concebido. Un testigo bien puede ser sabedor del trato carnal que una pareja haya tenido en determinado tiempo, que es el que a él le consta, aunque no tenga noticia del día en que había empezado o de aquel en que cesó. Lo que es decisivo, se repite, es que durante cualquier lapso del período de la concepción del hijo cuya paternidad se demanda, hayan existido las dichas relaciones sexuales entre su madre y el hombre que es señalado como padre presunto.

Dimana de lo anterior, también, que para la prosperidad de la acción de investigación de la paternidad natural, no basta demostrar la existencia de trato carnal entre la madre y el presunto padre; menester es, además, localizarlo en el tiempo y que coincida con la época de la concepción, así sea parcialmente.

Nada aprovecha a la causa del demandante que exista prueba de las fechas de comienzo y de terminación de un trato sexual, si no aparece la de que las relaciones existieron para la época en que el demandante fue concebido.

Todo lo expuesto no quiere decir, empero, que es superfluo determinar, cuando ello sea posible, las precisas fechas de inicio y finalización de las relaciones. Habrá casos en que ello sea sumamente provechoso, como cuando por haber nacido el hijo en un tiempo relativamente cercano a la iniciación del trato sexual, pueda du-

darse quién es el padre. En tal evento, la indicación de esa fecha será muy importante, pues sólo puede saberse si el hijo nació antes o después de los 180 días subsiguientes al momento en que principiaron las relaciones; en el primer caso no se podrá declarar su paternidad y en el segundo sí, mas no propiamente porque estuviera precisada la fecha, sino porque en el primero, las relaciones sexuales están localizadas fuera del período de la concepción y sólo en el segundo caso coinciden con éste. Lo mismo puede decirse con la prueba del día en que unas relaciones sexuales terminaron: ella servirá para precisar que el hijo no es el fruto de las mismas si nació después de los trescientos días subsiguientes a su terminación, o que sí lo es si el alumbramiento se produjo dentro de los trescientos siguientes.

Conclúyese entonces que no es decisivo determinar las fechas de principio y finalización del trato sexual. Lo importante es probar que éste coincida con cualquiera de los 120 días que integran la época o período de la concepción.

La época de la concepción, como lo enseña el artículo 92 del Código Civil, se determina tomando como base el día en que haya ocurrido el parto. Para fijarla se cuentan hacia atrás, desde la media noche en que haya principiado el nacimiento, no menos que ciento ochenta días cabales y no más de trescientos. Por tanto, si D. P. nació el 20 de enero de 1937, resulta que la época en que ocurrió su concepción está comprendida del 27 de marzo al 24 de julio de 1936, ambas fechas inclusive. El cómputo, por cuanto no son lo mismo 300 días que 10 meses, ni 180 días que 6 meses, ha de hacerse día por día, pues el artículo 92 precitado no habla de meses, caso en el cual sí habría podido hacerse la fijación que hizo el Tribunal al comprender la época de la concepción entre el 20 de marzo y el 20 de julio de 1936, como si se tratara de un término de meses, cuya computación enseña el artículo 59 del C. P. y M. en su 2º inciso.

El período de la concepción, pues, en derecho colombiano es de 120 días cabales, en cualquiera de los cuales ella pueda producirse. Partiendo del día en que el nacimiento se inició, el cual se cuenta, y determinándose la fecha en que el período

de la concepción comienza contando hacia atrás 300 días completos, en los 120 que hacia adelante siguen queda comprendida la época de la concepción (Casación civil, 16 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 39, 1ª y 2ª, y 40, 2ª).

101

FILIACION NATURAL

La Ley 75 de 1968 comenzó a regir el 1º de marzo de 1969.

La Ley 75 de 1968, como resulta de confrontar el Diario Oficial en que fue promulgada (Nº 32682 de diciembre 31 del mismo año), no entró a regir en esa fecha, ni en la de su sanción, por cuanto ninguna disposición que haya sido promulgada ordenó su imperio desde una de esas dos fechas. Por ende, como la ley misma no expresó desde cuándo debía regir, su observancia comenzó dos meses después de su promulgación, es decir el 1º de marzo de 1969, al tenor de lo dispuesto en el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal (Casación civil, 5 de abril de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 85, 1ª).

102

FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO

La doctrina de la Corte, que tiene sólido fundamento en la definición que contiene el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, ha enseñado, desde antaño, que la fuerza mayor que en el derecho moderno se iguala al caso fortuito, consiste en un suceso que, simultáneamente, sea imprevisible e irresistible, es decir, que por su naturaleza no exista fundamento racional o probabilidad para pensar o esperar que él acaezca, pues su ocurrencia rebasa los lindes de toda humana previsión y, además, que por él se genere para el deudor una imposibilidad de cumplimiento, no una simple dificultad, así ésta sea muy grande.

El recurrente ha alegado que para aportar la prueba del matrimonio de M. R., por cuanto no se sabía dónde se hallaba su registro, habría sido necesario buscarla en todas "las notarías o alcaldías de Colombia o en las embajadas, juzgados y demás

oficinas del mundo entero". Tal afirmación que inútilmente tiende a demostrar la imposibilidad del aporte de la partida, entraña solamente una dificultad, así ella se manifieste grande, mas no una verdadera imposibilidad. (Casación civil, 20 de noviembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 142, 2ª).

III

103

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 12 de marzo de 1973, homologa y en consecuencia declara exequible el laudo de fecha 20 de diciembre de mil novecientos setenta y dos que dirimió el diferendo laboral colectivo surgido entre la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana "ANEGRAN" y la Flota Mercante Gran Colombiana S. A., con excepción del inciso primero del artículo quinto, y el artículo noveno que se declaran inexecutable (Sala de Casación Laboral, marzo 12 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 287, 1ª).

104

HOMOLOGACION

La Corte por providencia de 23 de marzo de 1973, anula el artículo decimoctavo (18º) del laudo arbitral dictado el 20 de octubre de mil novecientos setenta y dos, por el tribunal arbitral, en el conflicto colectivo entre Electrificadora de Cundinamarca S. A. y el Sindicato de Trabajadores de dicha empresa. Declara exequibles los artículos decimonoveno (19º) y vigésimo (20º) del laudo citado, y homologa los ordenamientos arbitrales restantes. (Sala de Casación Laboral, Marzo 23 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 295, 1ª).

105

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 16 de agosto de 1973,

Falla:

Primero. Son inexecutable los siguientes ordenamientos del laudo arbitral de fecha veintiocho (28) de marzo de 1973, que deci-

dió el conflicto colectivo de trabajo entre la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y la Unión de Marineros Mercantes de Colombia "Unimar":

a) El párrafo de la decisión primera en cuanto dispuso un aumento del 30% respecto a la sobrerremuneración mensual fija de los enfermeros;

b) El párrafo de la decisión décima, sobre descanso compensatorio para trabajo nocturno, y

c) La frase del punto 14 de la sentencia arbitral, sobre salario por trabajo ajeno, en cuanto dispuso que "toda fracción de hora se pagará como una hora completa".

Segundo. Homologanse los ordenamientos primero y segundo del mismo laudo sobre aumento de salario y de la sobrerremuneración fija mensual de los capitanes, jefes ingenieros y contadores en cuanto reajustó en un 100% las primas de servicios, en el entendimiento que respecto a tales puntos se dio en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. En lo demás, homologase el laudo arbitral de la fecha y procedencia conocidas (Sala de Casación Laboral, agosto 16 de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 416, 1ª).

106

HONORARIOS DE LOS LIQUIDADORES

(Alcance de la impugnación).

El recurrente presenta como recaudos las daciones en pago, concepto que no puede admitirse para los efectos pretendidos, y que los honorarios legales de los liquidadores no pueden estimarse en sí mismos como salario.

El recurrente pide la infirmación total del fallo recurrido. La sentencia de segunda instancia contiene condenaciones por cesantía e indemnización por mora, que naturalmente son favorables al impugnador. Los recursos se encaminan contra lo adverso a quien los propone, no contra lo que le favorece. Luego el alcance de la impugnación está mal formulado, ya que ha debido indicar qué parte de la sentencia de segunda instancia debe casarse, pues al dirigir el ataque contra toda ella, está solicitando que se destruyan las condenaciones hechas en favor del mismo recurrente.

Además, no se declara en el alcance de la impugnación, lo que debe hacerse con la sentencia de primera instancia. Si bien se pide la casación total de la sentencia del Tribunal y algunas condenaciones, nada se solicita en parte alguna de la demanda presentada para sustentar el recurso, sobre la sentencia de primera instancia. La Corte cuando casa un fallo de Tribunal, se convierte en sentenciador de segunda instancia y su actividad tiene que estar dirigida al acto jurisdiccional del a quo. Pero dentro de los requisitos del remedio extraordinario, es necesario que el impugnador señale en qué forma se ha de revisar la providencia de primer grado, y si se confirma, modifica o revoca, en todo o en parte.

Aunque prosperara el recurso, no podría hacerse modificación alguna sobre la sentencia de primera instancia, porque no se pidió de ella confirmación, ni revocatoria, ni modificación. Lo anterior, hace que el alcance de la impugnación sea incompleto e ineficaz.

Por lo demás, el alcance de la impugnación, también lo tiene explicado la jurisprudencia, es el petitum de la demanda de casación, por lo cual sin la adecuada presentación, es inestimable el recurso.

Fuera de los requisitos formales de la técnica de casación, si fuera posible estudiar el cargo, sería digno de anotar, que el recurrente presenta como recaudos las daciones en pago, concepto que no puede admitirse para los efectos pretendidos, y que los honorarios legales de los liquidadores no pueden estimarse en sí mismos como salario, lo cual haría que la acusación no prosperara aun con el estudio de fondo.

El auto admisorio de la demanda de casación no se refiere sino a los aspectos formales o externos de la misma, siendo el estudio del fondo de la demanda el que permite, como ahora se ha hecho, determinar si su contenido es aceptable. (Sala de Casación Laboral. Agosto 17 de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 444, 2ª y 445, 1ª).

107

HURTO — ROBO

(Intereses tutelados).

En el hurto y en robo se tutela la posesión —entendida como poder de custodia

y de disposición material— que se tenga sobre los bienes muebles. De ahí que tanto en el hurto como el robo, resultan consumados en el momento mismo en que la víctima es desposeída de la cosa objeto de la infracción.

Ningún yerro se cometió al tomar en cuenta el automotor de que fue desposeído Juan de Jesús Hoyos, porque también respecto de este vehículo resultó cometido el delito de robo de que da cuenta el proceso.

Sabido es que mediante la incriminación del hurto y del robo se tutela la posesión —entendida como poder de custodia y de disposición material— que se tenga sobre los bienes muebles. De ahí que tanto el hurto como el robo (recuérdese que técnicamente el delito de robo es un hurto agravado por la violencia puesta en juego para cumplir el apoderamiento de los bienes muebles ajenos) resultan consumados en el momento mismo en que la víctima es desposeída de la cosa objeto de la infracción. Y el denunciante Hoyos tanto fue desposeído del dinero y otros objetos de uso personal que portaba, como del automotor de servicio público en referencia.

La tacha señalada por el actor no tiene, pues, comprobación alguna.

Violación del derecho de defensa

No solamente por las observaciones que en relación con este segundo cargo hace el Procurador Segundo Delegado en lo Penal cabe rechazar la tacha que aduce el demandante, sino también por el hecho manifiesto de que el defensor del recurrente, en las instancias, intervino con su asistencia jurídica en favor de..., como que no solamente alegó durante la audiencia pública, sino también para sustentar el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primer grado.

No le fue denegado, pues, al recurrente el derecho de defensa y, por tanto, este cargo no tiene demostración. (Sala de Casación Penal, 17 de octubre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 182, 1ª y 2ª).

HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA

(Diferencias con el abuso de confianza).

Como observa tinosamente el juzgador de segundo grado, constituye un tema asaz controvertido el atinente a las diferencias que corren entre el delito de abuso de confianza (Art. 412 del C. P.) y el hurto agravado cuando la sustracción se realiza "aprovechando la confianza depositada por el dueño o tenedor de la cosa en el agente" (Arts. 397 y 398, Ord. 1º, C. P.). Y es que los factores comunes que concurren en esas dos infracciones dificultan a las veces el que pueda determinarse, a primera vista, de cuál de ellas se trata en un cierto caso.

Como lo ha dicho esta Corporación, tanto en el hurto como en el abuso de confianza hay apoderamiento o apropiación de una cosa mueble ajena; y así en el uno como en el otro —en términos generales— existe el ánimo de lucro o aprovechamiento personal. Lo que diferencia estos dos delitos es la manera como lo apropiado o sustraído llega a manos del agente de la infracción. En el hurto, el sujeto sustrae la cosa, a la que a lo sumo tiene acceso material por razón de la confianza depositada en él por el propietario; en el abuso de confianza media un desplazamiento de tenencia del dueño hacia el abusario, vale decir, una tenencia fiduciaria, o lo que es lo mismo, basada en el crédito y fe otorgados al tenedor.

En la tenencia fiduciaria, característica del abuso de confianza, el agente tiene sobre la cosa un poder de hecho, que es distinto al poder de derecho correspondiente a quien traspasa. Si el propietario sigue custodiándola, aunque sea por medio de otras personas, como acontece con el fámulo a quien se le confía una casa para su aseo, no se crea la relación de confianza. La tenencia fiduciaria implica atribuciones autónomas que puede ejercer el agente a nombre propio o del propietario. A este propósito dice Juan P. Ramos:

"Entregamos fiduciariamente un objeto cuando transferimos su custodia y deliberadamente entendemos ceder a un tercero la tenencia, que ejercerá por nuestra cuenta. No hay una entrega automática y gené-

rica, como con ocasión de las funciones del sirviente, sino confiamiento particular, con ánimo de abandonar la tenencia por cierto lapso" (Curso de Derecho Penal, segunda parte, Buenos Aires, 1938, Pág. 251).

Soler dice que hay custodia "cuando por la naturaleza de la relación, la forma de trabajo, las condiciones de la cosa y el carácter de la función, puede afirmarse que el sujeto no solamente maneja las cosas sino que lo hace con un grado de autonomía expresamente conocido" (Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Pág. 415).

Ernesto J. Ure conceptúa que la tenencia se le ha transmitido al agente, cuando la cosa ha salido de la esfera de custodia y de la esfera de actividad del derechohabiente y se le ha dado un poder autónomo sobre ella, "poder que puede ser el interés del derechohabiente, o del agente. La distinción de la tenencia a los fines penales reside, pues, en la permanencia o no de la cosa en la esfera de custodia y en la esfera de actividad del derechohabiente" (El delito de apropiación indebida. Buenos Aires, 1947, Págs. 76 y 77).

Custodia, del latín *custos*, *custodis*, voz derivada de *curtos*, forma agente del verbo *curare*, cuidar, es la guarda con cuidado y vigilancia de alguna cosa. Custodia es, por tanto, "el conjunto de las medidas de control y vigilancia destinadas a proteger y a conservar la cosa en poder del derechohabiente" (Ure, obra citada, Pág. 68).

Petrocelli, citado por Ure, explica lo que se denomina esfera de actividad del propietario así: "el mueble permanece en esta esfera cuando el dueño lo sujeta a cierta vinculación gubernativa. No lo ve continuamente ni lo toca, ni puede removerlo de un lugar a otro, para conservar sobre él facultades administrativas y dispositivas. No se transmuta el ánimo posesorio, porque el dueño sigue interviniendo para regular el desempeño de la cosa".

De suerte que no existe tenencia fiduciaria, presupuesto material del delito de abuso de confianza, cuando la cosa ajena continúa en la esfera de custodia o de actividad del derechohabiente. En ambos casos, toda acción dolosa por parte del agente que tienda apropiarse la misma no podrá reputarse abuso de confianza, sino específicamente hurto.

En otras palabras, para que haya abuso de confianza se requieren dos elementos: 1º Que el sujeto activo sea tenedor de la cosa mueble ajena; y 2º Que en vez de devolverla, como era su obligación, se la apropie en provecho suyo o de un tercero. Por eso puede ser sujeto activo del delito de abuso de confianza el arrendatario, el usufructuario, el depositario, el acreedor prendario y, en general, todo el que haya recibido la cosa por un acto que le dé la tenencia con obligación de restituir. De ahí que la Corte haya dicho que "la expresión 'título no traslativo de dominio' que emplea el Código Penal en el artículo 412 al referirse al abuso de confianza, no debe entenderse en forma que restrinja su significado. Pues este elemento del delito no sólo se cumple cuando la cosa es entregada a virtud de contratos sin transferencia de dominio (comodato, arrendamiento, prenda, mandato y depósito), sino también en aquellos actos provenientes de mera tenencia a título precario jurídicamente hablando, como la fiducia, dependientes de confianza o crédito que merezca aquel a quien se le entrega la cosa y la recibe a ese título" (Casación de 21 de febrero de 1958).

De acuerdo con esta doctrina, que ahora se comenta, es preciso, para que pueda configurarse el delito de abuso de confianza, que quien se apropie de una cosa mueble ajena haya recibido la tenencia de la misma, sea mediante un título no traslativo de dominio u otro acto que implique desplazamiento de la tenencia, es decir, entrega de la cosa para que quien la recibe la tenga bajo su custodia con obligación de devolverla.

De ahí que la Corte dijera, en fallo anterior al que se acaba de citar, que "si la cosa se halla bajo cuidado del infractor, en virtud de una relación de prestación de servicios, por ejemplo, que excluye su depósito o entrega en poder de aquél y por lo tanto la obligación de restituir, habrá hurto con la circunstancia primera del artículo 398, esto es, con aprovechamiento de la confianza depositada por el dueño y tenedor de la cosa en el agente, pero no abuso de confianza, por la carencia de título no traslativo de dominio y de obligación de restituir, que es, precisamente, lo que da la tenencia de la cosa, como materia de abuso". (Jurisprudencia de la Corte Supre-

ma de Justicia, Domingo Sarasty Montenegro, Pág. 20, Nº 32, año 1950).

Y concluye con impecable lógica: "En el delito de abuso de confianza, un presupuesto resulta necesario: la independencia que el dueño de la cosa otorga al agente, depositando en él su confianza para el manejo y vigilancia de los bienes, enseres o cosas que se han puesto bajo su cuidado, actitud que conlleva al mismo tiempo la renuncia del propietario a ese cuidado y vigilancia". (Ob. Cit., Pág. 21, Nº 35, año 1961). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 15 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 417, 2ª; 418, 1ª y 2ª, y 419, 1ª).

I

109

INCONSONANCIA

La falta de pronunciamiento sobre una excepción es inconsonancia y no nulidad.

Atinente a la nulidad procesal que con base en la falta de "pronunciamiento de fondo sobre la excepción de cosa juzgada", también invoca el casacionista en el primero de los cargos que aquí se consideran, es bastante advertir, para poner de manifiesto su improcedencia y por ende para justificar su rechazo, que el hecho de que el juzgador omita pronunciarse en la sentencia sobre una excepción oportunamente propuesta por el demandado constituye un error in procedendo, el cual sin embargo solamente puede repararse en casación con fundamento en la causal segunda y no con apoyo en la quinta, pues el fenómeno no genera nulidad de la actuación sino inconsonancia entre lo pedido y lo fallado. (Casación civil, marzo 20 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 58, 1ª).

110

INCONGRUENCIA

Es hoy verdad averiguada que al Estado corresponde no sólo el poder de someter a su jurisdicción a quienes necesitan componer un conflicto de intereses surgido entre

ellos, sino también la obligación de actuar mediante su órgano jurisdiccional para alcanzar la realización de los derechos subjetivos. Este deber se satisface, en cada caso, con el pronunciamiento de una sentencia, a través del proceso que surge por virtud del ejercicio del poder jurídico de acción.

El proceso civil contiene una relación jurídica que se denomina *relación jurídico-procesal*, la que, dado tal carácter, ata y vincula a las partes y al juez mientras subsista. Constituida dicha relación, queda establecido el ámbito en que ha de desenvolverse el proceso, según los términos de la demanda y su contestación, y delimitado el campo de la decisión del juez.

Del anterior postulado emerge como consecuencia natural y obvia el principio de la congruencia del fallo, positivamente consagrado por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, el cual preceptúa que "la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley".

Como esta norma procesal se limita a establecer un determinado comportamiento del juez al momento de fallar, su inobservancia por éste implica de su parte un error in procedendo. Para reparar a través del recurso de casación el agravio que tal vicio de actividad infiera a los litigantes, el legislador tiene establecido, en guarda de esa especial forma del enjuiciamiento que prescribe que las sentencias tengan consonancia con las pretensiones y las excepciones oportunamente deducidas por las partes, el motivo de incongruencia entre lo pedido y lo fallado (Casación civil, 27 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 76, 1ª y 2ª).

111

INDEMNIZACION MORATORIA

1º Cuando el patrono admite la existencia de la obligación y no paga, incurre en mora.

Parte el sentenciador de la base de que el trabajador no reclamó los salarios correspondientes a los 9 primeros días del

mes de octubre del año de 1969, para eximir al patrono de la indemnización por no pago de esos salarios. Pero realmente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo al consagrar la obligación patronal de pagar a la terminación del contrato los salarios y prestaciones sociales debidos, no permite entender que se hayan de reclamar las obligaciones para que se produzca la mora, o sea, no establece el sistema civil del requerimiento, porque en el precepto 65 se habla del pago de los salarios y prestaciones debidos y no de los reclamados, y porque la misma norma al tratar de desacuerdo o negativa del trabajador a recibir, indica que es el patrono quien ha de tomar la iniciativa para solucionar la obligación. Es erróneo pensar, como lo hizo el Tribunal, que la mora, no se produce mientras el trabajador no reclame, porque el correcto entendimiento del precepto es el de que los salarios y prestaciones debidos, han de pagarse a la terminación del contrato sin que sea necesario que el trabajador los reclame.

Repetidas veces ha dicho esta Sala que en orden a exonerar al patrono de las obligaciones impuestas por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no basta el simple depósito en los bancos o institutos autorizados para recibirlo, sino que se requiere efectuar la entrega del título del depósito al funcionario competente. Luego es equivocado el entendimiento del Tribunal en cuanto consideró que era correcto guardar el título desde diciembre hasta mayo del año siguiente, porque con tal proceder no se cumplen las obligaciones de la norma citada.

Cuando el patrono admite la existencia de la obligación y no paga, incurre en mora. La cuestión de la buena fe que la jurisprudencia ha encontrado en ese precepto, se refiere precisamente al caso de no pago por considerar que no existe la obligación, y presentar razones que expliquen esa consideración equivocada, y demuestren que el pago se dejó de hacer por esa misma razón. Pero cuando simplemente se deja de pagar por algún tiempo y luego se alega que no se pagó porque no hubo reclamo, se está alegando un motivo contrario a la misma ley, por lo cual él no es atendible, y cualquier consideración sobre buena fe en

tal caso, es una interpretación errónea de la norma. (Sala de Casación Laboral. Enero 24 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 148, 1ª y 2ª).

111-A

INDEMNIZACION MORATORIA

1º Cuando el patrono admite la existencia de la obligación y no paga, incurre en mora. 2º Causal 1ª de casación. Según el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, la primera causal o motivo de casación laboral es la violación de la ley sustancial, que ocurre por los conceptos de infracción directa, interpretación errónea o aplicación indebida. (Sala de Casación Laboral. Enero 24 de 1973).

111-B

CAUSAL 1ª DE CASACION

2º Según el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, la primera causal o motivo de casación laboral es la violación de la ley sustancial, que ocurre por los conceptos de infracción directa, interpretación errónea o aplicación indebida.

El artículo 90 del Código Procesal del Trabajo exige que se diga la causal o motivo de casación, que se indique el precepto legal de orden nacional y de carácter sustancial que se estime infringido, y que se exprese el concepto de la violación, o sea, que se indique por cuál de ellos, infracción directa, interpretación errónea o aplicación indebida, se quebrantó la ley.

La falta de aplicación de una norma puede ocurrir porque el fallador la ignore o porque se rebele contra ella, lo cual constituye una violación por el concepto de infracción directa, pero la falta de aplicación también puede darse porque a una situación determinada se aplique un precepto que no la regula o se deje de aplicar el que realmente rige esa situación, en cuyo caso existe aplicación indebida tanto de la norma aplicada como de la dejada de aplicar. Además, puede derivarse la falta de aplicación de una norma, de la aplicación indebida a través de errores de hecho o de derecho.

Como el acusador no expresó el concepto de la infracción sino que solamente ha-

bló de falta de aplicación de las normas, no se sabe si quiso acusar violación por infracción directa o por aplicación indebida.

Es conveniente advertir que al producirse una absolución no determina la falta de aplicación de la norma que consagra el derecho reclamado, ya que puede haberse aplicado la regla para declarar no configurado el derecho, bien por ser un caso de excepción consagrado en el mismo precepto, o por tratarse de una situación de hecho real o indebidamente apreciada, que no permita el pronunciamiento solicitado, llegando a la absolución con aplicación de la ley. (Sala de Casación Laboral. Enero 24 de 1973).

112

INDEMNIZACION MORATORIA

Conviene agregar que el hecho de que el fallador no hubiese encontrado establecido el motivo que justificara la terminación del contrato por el trabajador y el de que la Sala no hubiese podido verificar este punto por técnica del recurso extraordinario constituyen cuestión diferente en sí misma y en sus consecuencias legales de la de la buena fe patronal vale decir de sus razones atendibles para no cancelar los salarios y las prestaciones sociales ni a la terminación del contrato ni con posterioridad, en forma directa o mediante consignación.

El Tribunal absolvió de la súplica sobre "salarios caídos" porque no encontró "intención dañosa de abstenerse de pagar, pudiendo hacerlo", no sólo en cuanto a los salarios debidos "sino también de la falta de cancelación de las prestaciones deprecadas en el juicio".

Sin embargo, desde la contestación de la demanda la compañía de autos admitió deber salarios y no haber cancelado las prestaciones, sin que en ningún momento se preocupara por expresar alguna razón para no haberlos satisfecho a la terminación del contrato. Pues como tal no pueden tenerse sus manifestaciones de que los dineros correspondientes a aquéllos —en la cantidad que decía deber— se encontraban a disposición del trabajador, o, respecto de las otras, "que el contrato de trabajo aún no ha terminado". (Contestación de la de-

manda, a folio 8). Mas sin consignar suma alguna y sin que, notificada del pleito, pudiera continuar ignorando que el trabajador había terminado el contrato por el motivo que expresó, hecho que, por otra parte, fue reconocido por el fallador. Como tampoco se encuentran esos motivos razonables en ninguna de las piezas que señala el acusador, ni en otra cualquiera del proceso, apreciables para efectos de la materia del cargo anterior, como lo fueron, pero inexistente de modo absoluto para explicar que los salarios y las prestaciones claramente debidos no se hubiesen pagado ni a la terminación del contrato ni posteriormente. La ausencia de prueba sobre este particular, más aún, la de toda referencia, por el patrono, a esta falta de cancelación exhiben infundada la apreciación de que hubiese habido algún motivo justificador. Con lo cual se configura inequívocamente el error de hecho acusado. Que tampoco puede olvidarse, en esta materia, que la mala fe sancionable simplemente consiste en la falta de razones atendibles para no pagar a la terminación del contrato.

Conviene agregar que el hecho de que el fallador no hubiese encontrado establecido el motivo que justificara la terminación del contrato por el trabajador y el de que la Sala no hubiese podido verificar este punto por técnica del recurso extraordinario constituyen cuestión diferente, en sí misma y en sus consecuencias legales, de la buena fe patronal, vale decir, de sus razones atendibles para no cancelar los salarios y las prestaciones sociales ni a la terminación del contrato ni con posterioridad, en forma directa o mediante consignación.

Prospera, en consecuencia el ataque y para la decisión subsiguiente de instancia, que estimará la súplica sobre indemnización moratoria conforme al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, se atenderá, en punto al salario base para la condena, a que si bien el Tribunal apreció en \$ 6.200.00 mensuales lo devengado por el trabajador y tal apreciación no se ha revisado en el recurso extraordinario, la decisión del a quo sobre este extremo de la litis se produjo con un jornal de sólo \$ 166.66, su sentencia no fue apelada por la parte demandada sino únicamente por la demandada, a quien no se le puede hacer más gravosa su situación, y el propio recu-

rrente en casación —seguramente por ello— limita el alcance de la impugnación, respecto de este extremo, a que se confirme la decisión de primer grado. Así se resolverá. (Sala de Casación Laboral. Marzo 6 de 1973).

113

INDEMNIZACION MORATORIA EN EL CASO DE LOS SERVIDORES OFICIALES

El propósito del Decreto 2127 de 1945, como el del 797 de 1949, fue el de garantizar el pago oportuno de las prestaciones, indemnizaciones y salarios del trabajador despedido o retirado, es decir, el de regular una situación postcontractual.

El Tribunal encuentra demostrado en el proceso que, la parte demandada cubrió al demandante la prima de antigüedad el 19 de diciembre de 1967 y la de Navidad el 9 de agosto de 1968, y si bien es cierto que, según sus propias expresiones dice que "podría pensarse que realmente hubo una demora injustificada e injustificable para el pago de estas dos primas al señor Porras Meneses" seguidamente, en el paso de la providencia transcrito antes y que cita el recurrente en el cuerpo de este segundo cargo, para exonerar a la demandada del pago de la indemnización moratoria como consecuencia de ese retardo en el pago de las aludidas primas de antigüedad y de Navidad, redacta de tal forma los conceptos fundamentales de su decisión, que llevaron al casacionista a formular el ataque por interpretación errónea de las disposiciones sustanciales que considera vulneradas por ese medio.

Ciertamente, cuando el fallador de segundo grado dice:

"a) Que para el pago de estas dos primas, una de ellas o sea la de antigüedad de carácter extra legal, no podía existir la misma urgencia que para otros derechos sociales fundamentales derivados de impostergables prestaciones sociales, como ocurre con la cesantía, por ejemplo. "Establece con esa interpretación una especie de jerarquía en las prestaciones sociales debidas al trabajador, considerando de suyo unas con el

carácter de urgentes e impostergables y otras desde luego como no urgentes y por lo tanto postergables, cuando es bien sabido que el patrono está obligado a pagar al trabajador los salarios y prestaciones debidos a la terminación del contrato de trabajo, so pena de incurrir en la sanción por mora, sin establecer ninguna escala de prelación, urgencia, o postergabilidad.

Y a continuación en el aparte b) de esa providencia dice el Tribunal:

"b) Que no es idéntica la situación de un patrono oficial a la de uno particular, puesto que cada uno de ellos posee características y condiciones peculiares a su personalidad jurídica o natural, en su caso. Así, no es posible olvidar que cuando un trabajador oficial se desvincula de un organismo de esta clase, al cual es factible prestarle sus servicios mediante contrato de trabajo, ya sea ficto o verbal, ya expreso y por escrito, por lo general necesita llenar una serie de requisitos documentales antes de que logre obtener que le sean reconocidas y cubiertas sus prestaciones sociales, requisitos que hacen relación al tiempo de servicios, último salario devengado, en muchos casos certificados de paz y salvo con la empresa por uno u otro concepto, etc. Todo lo cual configura lo que se denomina trámites administrativos, que pueden ser unas veces sencillos, y otras veces complejos en mayor o menor grado, según la reglamentación que se adopte por el respectivo empleador oficial o semioficial".

Esta interpretación que hace el sentenciador de segundo grado no puede conducir a la exoneración del pago de la indemnización moratoria, porque las entidades oficiales están también obligadas a pagar a sus trabajadores ligados por contrato de trabajo, la totalidad de sus salarios y prestaciones al término de la vinculación laboral, cuando ello ocurre.

Precisamente el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 dispone:

"El artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 quedará así:

"Artículo 52. Salvo estipulación expresa en contrario, no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las retenciones autorizadas por la ley o la con-

vención; si no hubiere acuerdo respecto del monto de tal deuda, bastará que el patrono consigne ante un juez o ante la primera autoridad política del lugar la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia.

"Parágrafo 1º..."

"Parágrafo 2º. Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existen tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este decreto, sólo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de este término los funcionarios o entidades respectivas deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador..." (Se subraya).

Y comentando estas disposiciones ha dicho reiteradamente esta Sala de la Corte que: "...no debe olvidarse que el Decreto 797 de 1949 pertenece a la normación reglamentaria de la Ley 6ª de 1945 como disposición sustitutiva que es del artículo 52 del Decreto 2127 del mismo año. Este origen impone que para su interpretación se siga el mismo proceso técnico jurídico empleado por la jurisprudencia cuando fijó el alcance a la disposición sustituida.

"Tanto el propósito del Decreto 2127 como el del 797 fue el de garantizar el pago oportuno de las prestaciones, indemnizaciones y salarios del trabajador despedido o retirado, es decir, el de regular una situación postcontractual, porque cuando el trabajador retirado o despedido se presenta a reclamar esos derechos lo hace en su carácter de ex-trabajador pues solamente a la desvinculación contractual la ley le reconoce el derecho a percibir determinadas prestaciones e indemnizaciones como cesantía, vacaciones no disfrutadas, salarios por lucro cesante, etc."

No cabe, pues, por errada, esa interpretación que hace el juzgador para liberar a la parte demandada del pago de la indemnización moratoria, por retardo en cubrir el monto de las primas de antigüedad y de Navidad, sobre todo en lo atinente a esta última en cuya solución demoró dos años y días, porque la entidad demandada estaba en la obligación de pagar la totalidad de las prestaciones y salarios dentro de los noventa

días de plazo a que se ha hecho referencia, al tenor de las disposiciones sustanciales invocadas por la censura. (Sala de Casación Laboral. Febrero 19 de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 206, 2ª, y 207, 1ª y 2ª).

114

INDEMNIZACION POR MORA

El pago tardío acarrea indemnización por mora, pero el pago equivocado sin malicia, no conlleva la sanción, mientras no se establezca la equivocación. (Sala de Casación Laboral. Abril 14 de 1973, T. CXLVI).

115

INDEMNIZACION POR MORA EN EL CASO DEL ARTICULO 1º DEL DECRETO 797 DE 1949

El artículo 1º del Decreto 797 de 1949 señala un plazo de 90 días a partir de la terminación del contrato, para que la entidad oficial pague el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos y prescribe la indemnización moratoria a partir del vencimiento de ese plazo.

En el entendimiento literal del precepto no cabe el concepto de mala fe para su aplicación, sino que la interpretación jurisprudencial ha dicho que debe eximirse de la sanción moratoria en los casos en que el patrono haya tenido razones atendibles para no efectuar el pago de lo debido. Pero es imposible tener como razón atendible el haber liquidado la indemnización por despido en forma contraria o distinta a la prescrita por la ley que el patrono oficial no podía desconocer o ignorar.

También debe anotarse que el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 exige después del plazo el pago de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos, por lo que el pago parcial no libera de la indemnización moratoria sino en los casos en que haya motivos para que el patrono haya podido entender de buena fe que no debía sino el valor pagado o consignado. Pero el simple pago parcial sin la justificación anotada, hace que legalmente se imponga la indemnización por mora. (Sala de Casación Laboral. Noviembre 8 de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 562, 2ª).

116

INDICIO

Lo que el casacionista efectúa es una inferencia, según la cual, como el trabajador al presentar la fotocopia de la citada carta no hizo salvedad alguna, hay que admitir que la recibió con la anticipación debida. Pero de una parte, no existe error manifiesto en el juzgador cuando deja de tener en cuenta un indicio no necesario, pues es sabido que conforme a las reglas de la sana crítica, este medio probatorio sólo es fehaciente, a menos de tener el carácter dicho, cuando es plural, o sea constituido por varios indicios; cuando es preciso, es decir, con clara relación de causa a efecto, y cuando es convergente, lo que expresa que los varios indicios deben concurrir a establecer el hecho que pretende probarse. (Sala de Casación Laboral. Marzo 8 de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 562, 2ª).

117

INDICIO

Proveniente de la falta de documento o principio de prueba por escrito.

Por las razones que adelante se expresan, considera la Sala que en nada se opone a la anterior conclusión la preceptiva contenida en la segunda parte del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, según la cual "cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión".

Sea lo primero hacer notar que esta norma no excluye, explícita ni implícitamente, la prueba testimonial o de indicios basados en testimonios, para enervar o desvirtuar la voluntad expresada en el documento público o privado que sí se otorgó; y siendo esto así no es posible, sin atribuir al texto un alcance que no tiene, pretender encontrar en él una restricción a la

prueba testimonial que el legislador de 1970, lejos de haber establecido, hizo desaparecer, como se deduce de la derogatoria expresa de los artículos 1767 del Código Civil, 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887; y, además, de la consagración del principio de la persuasión racional en punto a la valoración de pruebas.

El referido precepto se limita a establecer un indicio grave de la inexistencia del contrato cuando falta el documento o un principio de prueba por escrito, salvo que las circunstancias hayan impedido obtenerlo, o que el valor del acto a la calidad de las partes justifiquen su omisión; pero este indicio de inexistencia, como indicio que es, es susceptible de prueba en contrario, la que puede surgir de los testimonios puesto que el texto legal no los rechaza. Por consiguiente, si al analizar la prueba testimonial a la luz de la sana crítica el juez la encuentra con mayor fuerza probatoria que aquel indicio grave, nada le impide llegar a la conclusión de que muy a pesar de la falta de documento el contrato sí existe realmente (Casación civil, 25 de septiembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 67, 1ª y 2ª).

118

INEXISTENCIA DE PROVIDENCIAS
JUDICIALES

(El Art. 162 del C. de P. P., también se refiere a los autos y sentencias).

A tenor del artículo 155 del Código de Procedimiento Penal, que señala los requisitos formales de la actuación procesal, "toda actuación en el proceso penal debe empezar con el nombre de la entidad o juzgado que la practica, e indicar el lugar, día, mes y año en que se verifique, si se trata de diligencia; o en que sea firmada por el funcionario o juez y su secretario, si se trata de auto o sentencia".

Concuerda con esa norma el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso penal por virtud de lo dispuesto en el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, según el cual "toda providencia se encabezará con la denomina-

ción del correspondiente juzgado o corporación, seguida del lugar y la fecha en que se pronuncie expresada en letras, y terminará con las firmas del juez o los magistrados y el secretario". También el artículo 171 del estatuto procesal penal consagra, en lo concerniente a las sentencias, la exigencia de la indicación en su encabezamiento del nombre del juzgado o tribunal que las profiera y el señalamiento del lugar y de la fecha en que se dictaren.

El artículo 162 del Código de Procedimiento Penal, ubicado como el 155 en el capítulo de disposiciones generales sobre la actuación procesal, establece que "es inexistente el acta en que falte la indicación de la fecha y el lugar donde se llevó a cabo la diligencia y la designación de las personas que intervinieron en ella".

La prescripción del acotado artículo 162 se refiere también a las providencias judiciales (autos y sentencias). Estos son no solamente actos jurídicos, en cuanto contienen declaraciones de voluntad del juez (singular o colegiado), sino también documentos o escritos que instrumentan las decisiones jurisdiccionales y que reflejan su existencia. Y como documentos son actas o relaciones escritas sujetas a formas de necesaria observancia, entre ellas la precisión del juzgado o entidad que pronuncia la resolución, la indicación del lugar y la fecha en que se suscriba y la firma de quien ha realizado la actuación, requisitos todos ellos que le dan autenticidad y eficacia a la voluntad manifestada, esto es, a la providencia como acto procesal, la que al quedar emitida en forma regular y completa adquiere aptitud para producir sus efectos.

Desde el punto de vista documental, la providencia judicial prueba, por modo pleno, el hecho de haberse otorgado y su fecha, a voces del artículo 1759 del Código Civil, ya que no se puede cuestionar su naturaleza de documento público o auténtico. Luego es palmar que la fecha no puede estar ausente del instrumento.

Fluye de lo hasta aquí expuesto que la fecha es elemento estructural de las providencias judiciales, y que su omisión hace inexistente el defectuoso acto jurisdiccional. Y como el proyectado auto venido en

consulta no cumple ese requisito, debe ser considerado como inexistente. Así se resolverá (Sala de Casación Penal, 2 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 408, 2ª y 409, 1ª).

119

INFRACCION INDIRECTA EN JUICIOS CON JURADO

No es procedente aducir la infracción indirecta en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto.

Dentro del confuso planteamiento del cargo se invoca la violación indirecta de la ley sustancial y, a continuación esboza superficialmente algunas consideraciones acerca de la prueba que se tuvo en cuenta para proferir el auto de llamamiento a juicio, con el propósito de concluir que debido a la errónea apreciación de la prueba se tuvieron por probadas unas circunstancias de agravación del homicidio y, a la inversa, no se dedujo la de premeditación, acompañada de motivos innobles o bajos que, en su criterio, sí lo estaba.

Se pretende, pues, reabrir el debate probatorio que no puede prosperar porque como lo tiene dicho esta Corporación, "...no es procedente aducir la infracción indirecta en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los que ha versado el debate.

"Y es que, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente (Casación de 22 de agosto de 1969 y de 6 de octubre de 1971, entre otras), en la clase de juicios últimamente citados, los jueces de conciencia apreciaban libremente las pruebas, según su íntimo o moral convencimiento, y con su veredicto precluye la controversia sobre las mismas. Sólo en el caso de que la veredicción sea manifiestamente contraria a la evidencia de los hechos probados, pueden los juzga-

dores de las instancias declararlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado, cuyo veredicto es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias y no puede, por tanto, plantearse al través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (Art. 580 del C. de P. P.)". (A más de las citadas, casaciones de 8 de mayo de 1970, 24 de febrero de 1972 y 19 de agosto de 1972). (Sala de Casación Penal, 14 de agosto de 1973, Tomo CXLVII).

120

INHABILIDADES

(Para testar: la prodigalidad no constituye inhabilidad).

Lo que verdaderamente arguye la censura es que el Tribunal ha debido aplicar el artículo 1061 del Código Civil, en su numeral 3º, para declarar la nulidad del testamento que impugna, por cuanto la otorgante no estaba entonces en su sano juicio a consecuencia de la interdicción por prodigalidad a que se le había sometido. Empero, si dicho texto no fue aplicado, obviamente no pudo ser interpretado en forma equivocada, como lo ha dicho la Corte varias veces. Estas deficiencias producen el inevitable resultado de que el cargo no puede prosperar. Sin embargo, por vía de doctrina, conviene agregar lo que sigue:

Para los efectos de las inhabilidades para testar que consagra el artículo 1061 del Código Civil, cuando de la demencia se trata, probatoriamente es indispensable hacer la misma distinción que trae el legislador en los numerales 2º y 3º del referido artículo. En efecto: a) Si el testador había sido declarado en interdicción por ese motivo, basta con demostrar la declaratoria judicial respectiva, la que conlleva una presunción de derecho de incapacidad, por virtud de la cual el acto testamentario es absolutamente nulo, y b) Si no obstante la grave dolencia mental que afectó al testa-

dor, no ha mediado el mencionado decreto judicial de interdicción, para triunfar en su pretensión de que se anule el testamento, el interesado tiene el *onus probandi* de demostrar plenamente la carencia de esa lucidez mental de que aquél padeció, en el momento de testar. En la primera hipótesis, pues, se demuestra simplemente el decreto de interdicción por demencia (Art. 1061 Num. 2º) al paso que en la segunda, debe probarse precisamente que el testador carecía del uso de sus facultades mentales cuando consignó la declaración de su última voluntad, por estar entonces demente o "por ebriedad u otra causa" (ibídem Num. 3º).

Ahora bien, como el mismo recurrente lo reconoce, esas dos clases de interdicción, la por demencia y la por prodigalidad, son diferentes. La primera es constitutiva per se de inhabilidad para testar, y no admite demostrar que cuando testó la persona interdicta se hallaba en un intervalo lúcido, y por tanto, en uso de sus facultades mentales. Mientras que la interdicción por demencia esté vigente, la inhabilidad de que padece no le permite testar válidamente (Art. 1061 Num. 2º ibídem).

En cambio, ni la prodigalidad en sí misma ni la interdicción por ese motivo, constituyen inhabilidad para testar, pues en caso contrario, así lo habría establecido el legislador en forma expresa y clara, como lo hizo para la demencia con el numeral 2º del citado artículo 1061. Esa interdicción tiene por objeto proteger el pródigo y a quienes de él dependen, a fin de impedir que por su conducta desordenada y por la imprudencia con que actúe en la vida de los negocios y por derroche en que incurra en sus gastos, pueda llegar a quedar en la indigencia. Nada de ello ocurre cuando esa persona hace la declaración de su última voluntad, la cual está sujeta a pautas precisas que señala la ley, tendientes a que no pueda afectar los derechos de sus legítimos. Sus disposiciones, obviamente no tienen efecto durante su vida, de suerte que no existe el peligro arriba apuntado y que la ley quiere precaver en el caso del pródigo (Casación civil, 6 de diciembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 147, 1ª y 2ª, y 148, 1ª).

INTERRUPCION Y SUSPENSION DEL PROCESO CIVIL

Los procesos civiles pueden paralizarse de dos maneras, a saber: por interrupción (Art. 168 C. P. C.) y por suspensión (Art. 170 ibídem). Aquella obedece a causas externas al proceso, como lo son la muerte o enfermedad de una parte o de su representante que carezca de apoderado judicial o del apoderado de una de las partes, así como también la exclusión de éste del ejercicio de la profesión de abogado o suspensión en él, y la muerte del deudor en los eventos a que hace referencia el artículo 1434 del Código Civil, la cual interrupción tiene efectos *ope legis*, o sea que se produce por ministerio de la ley y "a partir del hecho que la origina"; en cambio, la suspensión depende más de exigencias interiores del proceso derivadas de un acto del mismo, tal como la prejudicialidad nacida de que en procesos penales deban producirse fallos que influyan en el que haya de adoptarse, o que éste dependa del que haya de dictarse en otro proceso civil, o de un acto administrativo cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, con las salvedades que sobre el particular contienen los Códigos Civil y de Comercio. Fenómeno que produce efectos *ope juris* pues deben solicitarla las partes y decretarse por el juez del conocimiento, menos en los casos previstos especialmente en el estatuto, como en los de impedimentos y recusación (Art. 146), acumulación de procesos (Art. 151, Inc. 3º), denuncia del pleito (Art. 56, Inc. 2º), titulados por algunos como de suspensión parcial los cuales sólo tienen formal existencia "a partir de la ejecutoria del auto que la decreta". Si, por el contrario, el fallador denegase la petición correspondiente, el proceso sigue su curso hasta su terminación, por lo que en este caso —que es el de autos— puede afirmarse que no se presenta la causal de nulidad establecida en el numeral 5º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil que, en consecuencia, únicamente se da por regla general, cuando se dicta sentencia después de decretada, por auto ejecutoriado, la suspensión. Sobre la diferencia entre interrup-

ción y suspensión la doctrina de la Corte (CI, 58) patrocina lo expuesto en cuanto a las causas que originan una y otra. (Casación civil, 12 de junio de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 99, 1ª y 2ª).

122

IRA - REQUISITOS

Se ratifica la doctrina de noviembre 30 de 1970 y la de noviembre 6 de 1972. La ira no constituye atenuante de la responsabilidad, sino la causa o motivo de ella, siempre y cuando se haya suscitado "por grave e injusta provocación" de la víctima.

El veredicto "sí es responsable de homicidio, en estado de ira", emitido por el jurado en la presente causa, fue correctamente interpretado por el Tribunal ad quem, pues el "estado de ira" solamente morigerará la penalidad establecida para la infracción cuando haya sido "causado por grave e injusta provocación", a términos del artículo 28 del Código Penal, y para que el juez pueda reconocer en el fallo ese motivo de atenuación, tratándose de un homicidio, es preciso que el jurado haya expresado en su respuesta al cuestionario el conjunto de elementos contemplados en aquella disposición, con las mismas palabras de la ley o con expresiones semejantes y de idéntico contenido, pues la sentencia tiene que ceñirse al veredicto y el fallador no puede, so pretexto de interpretarlo, modificarlo sustancialmente, que es lo que pretende aquí el demandante. (Sala de Casación Penal, 30 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 325, 1ª, y 2ª).

J

123

JUECES COMISIONADOS

Los jueces comisionados por el funcionario instructor no son recusables.

La Corte insiste en que el artículo 89 citado, regla dos impedimentos y recusaciones, en la etapa sumarial, exclusiva-

mente con relación al funcionario instructor distinto del juez competente para conocer del proceso. Cuando este es el caso, si el juez competente declara fundado el incidente de recusación, él personalmente continúa la instrucción, "por sí o por medio de comisionado".

En el caso que se examina, el juez de instrucción es la Corte, al través del Magistrado sustanciador. Y es ella el juez competente, al través de su Sala Penal.

Así las cosas, el funcionario que instruye este proceso no es distinto del juez competente para conocerlo.

El funcionario instructor es distinto del juez competente, solamente cuando obra por iniciativa suya de él, dentro de la órbita de su competencia, y no por comisión impartida por el segundo.

Los jueces comisionados, los magistrados o jueces que conocen del respectivo incidente de recusación, ni los funcionarios que deban dirimir los conflictos de competencia, son recusables (apartado 4º del artículo 143 del Código de Procedimiento Civil).

Contrariamente a lo afirmado por el doctor Esteban Bendeck Olivella, el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, reza en la forma que a continuación se transcribe:

"Artículo 8º Aplicabilidad de las normas de procedimiento civil. Son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código o en las leyes especiales, las disposiciones que rijan sobre la organización judicial y procedimiento civil".

No es exacto, tampoco, que el artículo 89 preceptúe el modo "como deben ser recusados los jueces en comisión". Todo lo contrario. La precisión y claridad de sus voces obligan al juez competente para conocer del proceso —cuando declara fundado el incidente de recusación— a continuar él mismo en la instrucción, "por sí o por medio de comisionado". El comisionado, entonces, en los inequívocos alcances del artículo 89, ejecuta simplemente las órdenes que le imparte el comitente que, por ministerio de la ley, debe continuar él mismo la instrucción, así lo haga por medio de comisionado.

Parece ya suficientemente explicado que cuando el juez competente para conocer del proceso debe, él mismo en la hipótesis del artículo 89, continuar la instrucción y

lo hace por medio de comisionado, no pierde el carácter de funcionario instructor, ni lo adquiere el segundo por virtud de la comisión recibida. Lo propio ocurre cuando, sin que medie dicha circunstancia, el funcionario competente para conocer del proceso resuelve instruir él mismo el sumario, y lo hace al través de un comisionado. En ambas hipótesis este último no es recusable. (Sala de Casación Penal, 6 de diciembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 248, 1ª y 2ª, y 249, 1ª y 2ª).

124

JUEGO Y APUESTA

En el concurso del 5 y 6 hay apuesta y mandato.

En el concurso del 5 y 6, como lo ha dicho la Corte y como lo repite el sentenciador, se celebran dos contratos: el de apuesta mutua entre todos los concursantes y el de mandato entre éstos y el Hipódromo, siendo éste el que dicta los términos de ambos, todo lo cual lo tiene aceptado el recurrente de manera expresa.

Ahora bien, como también lo tiene dicho la Corte, en estos contratos de adhesión hay que distinguir las cláusulas esenciales de las accesorias, siendo las primeras aquellas "sobre las cuales ha debido necesariamente recaer la adhesión del adherente y que ordinariamente han sido objeto de discusión", y las segundas las que "el adherente no les ha atribuido gran importancia, porque las considera simplemente destinadas a regular los puntos de detalle de la convención... los cuales no son oponibles al adherente sino en cuanto se limitan a precisar y completar las cláusulas esenciales, y en ningún caso en cuanto modifiquen el alcance del contrato". (XLIV, 378). (Casación civil, 12 de junio de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 102, 2ª).

125

JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA

(El Art. 8º del Decreto 2347 del 71, no es incompatible con el artículo 167 de la Constitución Nacional).

El artículo 171 de la Constitución de 1886 otorgó al legislador la potestad de "esta-

blecer y organizar una milicia nacional", atribución condicionada por entero a la voluntad del mismo, con el objeto de contribuir, mediante la extensión de los cuerpos armados, al completo restablecimiento de la paz pública cuantas veces fuere necesario. La ley, en todo el tiempo que lleva en vigor esa facultad, no la ha desarrollado en manera alguna.

Tratando de lograr los mismos fines pero sobre bases más estables y de una orientación que conjugare con los principios modernos del derecho administrativo tocante a la organización del Estado, el artículo 75 del Acto legislativo número 1 de 1945, numerado hoy como el 167 de la Constitución, dejó la misma potestad pero agregó, como cuestión imperativa, la de organizar el servicio de Policía Nacional, en los siguientes términos: "La ley podrá establecer una milicia nacional y organizará el Cuerpo de Policía Nacional". Tampoco hizo uso el legislador de la primera atribución, pero en varias oportunidades sí ha ejercido la de organizar la Policía, ya que este es un imperativo que parte del ordenamiento supremo.

La organización de una empresa, o de un cuerpo, o de cualquier otra entidad, implica resolver no sólo las cuestiones referentes a su establecimiento o a su institución, sino también las de reformarlos una vez en funcionamiento, regulando en cualquier tiempo el número, orden y dependencia de los elementos que la componen, para que pueda cumplir los fines predeterminados. En este orden de ideas, la organización de la Policía Nacional implicaba la expedición de los reglamentos propios del cuerpo, relacionados con la disciplina, composición jerárquica, asignaciones y prestaciones, administración de servicios, ascensos, traslados, dotación, seccionamiento según los lugares y expansión de acuerdo con las necesidades generales del país. En virtud del citado mandamiento, la Policía pudo entrar a integrar un cuerpo nacional, eliminando progresivamente las policías locales, de orden departamental o municipal, única manera de disciplinar y capacitar a sus miembros para prestar eficazmente el servicio de salvaguardia de la tranquilidad ciudadana y de auxilio en la persecución de las infracciones.

Pero la organización no puede limitarse a los aspectos relacionados sino que forzosamente debe extenderse al régimen de juzgamiento y sancionatorio de las faltas contra la disciplina y de los delitos que la socaven. Hacer esa limitación implicaría dejar por fuera uno de los factores indispensables para el mantenimiento de esa organización, como cuerpo. Entendiendo por cuerpo, según surge del texto constitucional, una asociación de funcionarios dirigidos por un pensamiento común, administrativo y político, gobernado por disposiciones generales, fijas, solemnes y obligatorias. No podría decirse que existe un verdadero Cuerpo de Policía, unificado en todo el país, si la ley no tuviera, como sí lo tiene, la facultad de establecer el procedimiento para que se califiquen las conductas de sus miembros y para que se apliquen las sanciones señaladas previamente.

Esta indicación procesal no sólo aparece refrenada por el artículo 167 de la Constitución, en cuanto permite hacerlo dentro de la organización que debe darse al cuerpo, sino que responde a la naturaleza misma de éste, bien distinta de la de otras asociaciones máxime si se tiene en cuenta que se ordena el régimen especial para el personal uniformado de la institución y exclusivamente en los casos de conductas delictivas cumplidas por razón o con ocasión del servicio. En manera alguna pugna el sentido civil de la Policía con la organización militar que se le da, ni mucho menos cuando se lleva al personal armado del cuerpo a responder ante los tribunales castrenses, por conductas contrarias al servicio.

La Ley 7ª de 1970 trasladó al Presidente de la República la facultad del Congreso para reorganizar el Ministerio de Defensa y las dependencias a su cargo. Los artículos 40 del Decreto-ley 1705 de 1970, 1º del Decreto 1667 de 1966 y 44 del Decreto 2565 de 1967, disponen que la Policía está bajo la inmediata dirección y mando de ese Ministerio. De donde surge la consecuencia, puntualizada por el Procurador, de que el Gobierno podía organizar, más aún, reorganizar el Cuerpo Político, y por lo que hace relación al fuero que para el juzgamiento establecido en el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, "el legislador eventual no hizo cosa distinta de conservar el que

ya le había sido otorgado al personal de la Policía por el artículo 11 del Decreto 1667 de 1966, incorporado a la legislación de la República por la Ley 48 de 1967".

No se ve, pues, incompatibilidad entre el citado artículo 8º del Decreto 2347 y la Constitución. Todo lo contrario, la ley no ha hecho cosa distinta de cumplir con la obligación establecida por el artículo 167 de la Carta, trazando, como lo ha hecho, una norma sobre competencia para el juzgamiento del personal uniformado vinculado al cuerpo. El cargo, pues, no prospera. (Sala de Casación Penal, 15 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 413, 1ª y 2ª, y 414, 1ª).

L

126

LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO

La sana crítica instituida para el proceso laboral conforme a las pautas del artículo 61 del Código Procesal del Trabajo obliga respecto de cada medio legal de prueba y de todos en conjunto a establecer la verdad real, que no siempre se halla en esa manifestación general al término de la vinculación, así se la suscriba sin reservas, sino que ha de reconocérsela, con examen también de las demás probanzas y de las dichas circunstancias relevantes. (Sala de Casación Laboral. Septiembre 27 de 1973).

127

LITISCONSORTE NECESARIO

Al romperse se advierte que asiste clara razón al recurrente cuando afirma que demandada la nulidad de un testamento, se forma litis consorcio pasivo necesario entre todas las personas que el testador, en ese acto, haya nombrado como sus sucesores, ya lo sean a título universal o singular. Por esta razón, el demandante debe citar al proceso de nulidad a todos esos asignatarios, so pena de que el juzgador no pueda resolver sobre el fondo de la dicha pretensión. En efecto, si la nulidad tiene como objetivo el anodamiento de todas las cláu-

sulas de la memoria testamentaria, es apenas lógico pensar que su pronunciamiento causaría evidente perjuicio a todos los que, dejando de producir efectos al testamento, perderían su calidad de asignatarios del difunto. La pretensión que busca la declaración de que un testamento es nulo íntegramente, no podría prosperar en proceso al que sólo hubieran sido llamados algunos de los asignatarios, mas no todos, puesto que siendo de naturaleza eminentemente indivisible esa relación jurídica sustancial, resultaría contradictoria a todas luces que la memoria testamentaria fuera nula para unos asignatarios y válida para otros. Es imposible jurídicamente que un testamento al mismo tiempo y respecto de unas mismas cláusulas, produzca efectos relativamente a ciertos asignatarios y no respecto de otros. Tal situación exige que la sentencia que decida proceso en que se ventile la nulidad de todo un testamento sea única y de contenido idéntico para todos los asignatarios instituidos en dicha memoria, entre quienes se forma litis consorcio necesario. En ese evento sólo sería posible, pues, como lo establece el artículo 51 del Código de Procedimiento Civil, desatar la cuestión litigiosa con fallo uniforme para todos.

De la misma manera, si se demanda, no la nulidad del testamento completo, sino la de una o varias de sus cláusulas, será menester, por los motivos que antes se adujeron, citar al proceso a todos los asignatarios que recibieren perjuicio con la declaración de esa nulidad. En tal hipótesis ya no se requiere la citación de todos los sucesores del difunto, sino meramente la de los instituidos en la cláusula cuya nulidad se impetra, o de quienes reciben daño por su pronunciamiento.

Es claro que cuando el de cujus deja varios testamentos que, total o parcialmente, no son incompatibles entre sí, la declaración de última voluntad está integrada por todos ellos, en cuanto, de manera expresa o tácita no hubieran sido revocados por los posteriores. La declaración de última voluntad que es una sola y que encierra el querer definitivo del testador, no tiene que estar consignada íntegramente en un mismo acto testamentario, es decir, aparecer expresada en una sola escritura o en un acto único, pues, como lo prescribe el artículo

1273 del Código Civil, un testamento no se revoca tácitamente en todas sus partes por la existencia de otro u otros posteriores. La misma, disposición, en su inciso segundo borra toda sombra de dudas en el punto, al definir que los testamentos que expresamente no revoquen los anteriores, dejarán subsistentes en éstos las disposiciones que no sean incompatibles con las posteriores o contrarias a ellas. Así lo entendió el tribunal al aseverar que los dos testamentos otorgados por el testador "se complementan e integran entre sí".

Conclúyese, empero, que, aun cuando la última voluntad del testador, es una sola, ella no tiene que estar contenida en un mismo acto escriturario, y que aunque sea una misma su declaración de última voluntad, ello no quiere decir que sea necesariamente inescindible, pues estando constituida por todas las disposiciones que encierran su último querer, es palmario que cada una de éstas expresa su voluntad en el punto.

De estos antecedentes lógica y palmariamente se sigue que es posible demandar la nulidad de todo un testamento o solamente la de una o varias disposiciones del mismo. (Casación civil, 17 de enero de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 22, 2ª y 23, 1ª).

M

128

MEDIO NUEVO EN CASACION

Por tanto, se trata de medios nuevos que, por ese solo motivo, hacen imprósperos los cargos, ya que, en caso contrario, "se violaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiera echar mano en casación de hechos extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa. Pero promovidos ya cerrado el proceso, la infirmación de la sentencia con apoyo en ellos equivaldría a la preterminación de las instancias, de las formas propias del trámite requerido, con quebranto de la garantía institucional de no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio". (CXXXI, 186). (Casación civil, 16 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 26, 1ª).

N

129

NORMA SUSTANCIAL

(Lo es el Art. 595 del C. de P. C.).

Por cuanto el precitado artículo 595 del Código de Procedimiento Civil consagra derechos y obligaciones para los sujetos interesados en la mortuoria, en materia de la administración de los bienes herenciales y de los de la sociedad conyugal, procede afirmar que es norma de naturaleza sustancial y, por ende, que su violación dé base para atacar en casación la sentencia de instancia con apoyo en la causal primera. (Casación civil, 5 de noviembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 113, 2ª).

130

NORMA SUSTANCIAL

(No lo son los cuatro primeros artículos de la Ley 36 de 1931).

Los cuatro artículos de la Ley 36 de 1931 cuyo quebranto por interpretación errónea se atribuye al Tribunal, no son sustanciales en manera alguna, pues su contenido es meramente instrumental. Por otra parte, la ley no ha erigido en causal de nulidad el registro tardío de la escritura que ordena la Ley 36 de 1931, como lo pretende la censura. Así lo expuso claramente el sentenciador, con respaldo en doctrina de la Corte (XLIX, Pág. 240. LXVI, Pág. 145). (Casación civil, 6 de diciembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 148, 2ª).

131

NORMA SUSTANCIAL

(No es el Art. 648 del Código de Comercio anterior).

Decía el artículo 648 del Código de Comercio anterior, que "los establecimientos de comercio, como almacenes, bazares, tiendas, fábricas y otros, y los cargamentos terrestres o marítimos pueden ser asegurados,

con o sin designación específica de las mercaderías y otros objetos que contengan. Los muebles que constituyen el menaje de una casa pueden ser también asegurados en esa misma forma, salvo los que tengan un gran precio, como las alhajas, cuadros de familia, objetos de arte u otros análogos. En uno y otro caso, el asegurado deberá individualizar los objetos asegurados, y justificar su existencia y valor al tiempo del siniestro".

Como se infiere de su contenido, esta norma, que es la única que el recurrente cita en este cargo como violada por el Tribunal, no declara, crea, modifica o extingue obligaciones; se limita a señalar algunas de las cosas que pueden ser objeto del contrato de seguros, por lo que no tiene categoría de sustancial, y por ende, no puede integrar un cargo en casación por quebranto del derecho sustancial. Para que lo sea, es menester que su referencia venga acompañada de aquel o de aquellos otros preceptos atributivos del derecho subjetivo que se considere vulnerado con la sentencia acusada. (Casación civil, 16 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 53, 2ª).

132

NULIDAD

La competencia para celebrar la audiencia pública de juzgamiento le corresponde a la sala penal de decisión respectiva, según lo manda el artículo 30 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento penal de acuerdo con la norma que trae el artículo 8º del estatuto procesal penal.

La competencia para celebrar la audiencia pública de juzgamiento le corresponde a la sala penal de decisión respectiva, según lo manda el artículo 30 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso penal de acuerdo con la norma que trae el artículo 8º del estatuto procesal penal. Y en este negocio tal diligencia, como observa el Ministerio Público, fue cumplida sólo por el Magistrado sustanciador, lo cual equivale a que no tuvo existencia.

Es obvio, entonces, que se incurrió en el caso de nulidad previsto en el ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, y corresponde declarar nulo lo

actuado desde entonces para que se reponga el procedimiento. (Sala de Casación Penal. Bogotá, 4 de septiembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 331, 2ª).

133

NULIDAD

La no mención, en la parte resolutive del auto de proceder, de uno de los hechos concretos por los cuales se llamó a juicio, no vicia de nulidad el procedimiento.

La no mención, en la parte resolutive del auto de proceder, de uno de los hechos concretos por los cuales se llamó a juicio, circunstancia en que concreta el demandante este cargo, no vicia de nulidad el procedimiento.

En efecto, no está mencionada entre las nulidades que consagra el artículo 210 del Código de la materia, que sólo considera, inválido el auto de proceder cuando se ha incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido.

Pero no eleva a la calidad de vicio que genere nulidad del proceso, la omisión de mencionar el hecho delictuoso en la parte resolutive.

Sobre este particular, el artículo 483 del mismo ordenamiento citado, al enumerar los requisitos formales del auto de proceder, enuncia, entre los de la parte motiva "la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen" y aun cuando no dice expresamente que el silencio sobre el hecho genera nulidad, la doctrina ha señalado la importancia de tal mención, ya que es necesario particularizar la conducta delictuosa, en sus aspectos primordiales, es decir, no sólo en los elementos que conforman el tipo básico del delito de que se trata sino en las modalidades que lo caracterizan como tipo específico o derivado, a fin de que sea posible llevar a cabo sin error, la subsunción del hecho en la norma correspondiente.

Pero el mismo artículo sólo exige, para la parte resolutive, la mención del delito,

no por las modalidades del tipo derivado sino por el nombre genérico que a la conducta delictuosa se da en el epígrafe del respectivo título o capítulo. (Sala de Casación Penal. Bogotá, 14 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 290, 2ª, y 291, 1ª).

134

NULIDAD

Nulidad del auto que admite la demanda de parte civil. Sus consecuencias. Este vicio de nulidad no trasciende al resto de la actuación procesal, como claramente se infiere de una interpretación racional del artículo 133 del Código de Procedimiento Penal.

Ciertamente que el auto de 2 de mayo de 1972. (Fl. 84), dictado por el Juez Cuarto de Instrucción Criminal y que admitió la demanda de parte civil en el presente proceso, es nulo, pues el dicho funcionario, siendo un comisionado debió limitar su actuación a la práctica de las diligencias ordenadas en el auto comisorio (Fl. 71), de acuerdo con el artículo 55, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal y el 34 del Código de Procedimiento Civil, que conminan con nulidad todo lo que haga el comisionado fuera de los límites del encargo.

De suerte que es innegable que el auto de 2 de mayo de 1972 que admitió la demanda de parte civil es nulo. Mas este vicio de nulidad no trasciende al resto de la actuación procesal, como claramente se infiere de una interpretación racional del artículo 133 del Código de Procedimiento Penal. Tanto es así que el auto de esta Sala, de 2 de febrero de 1973, que invoca en su apoyo al demandante y cuyos apartes pertinentes se han transcrito, decretó la nulidad sólo de la providencia que admitió la demanda de parte civil, sin que tal declaración comprometiera la validez de la actuación ulterior.

Por otra parte, la nulidad por incompetencia del juez sólo puede aducirse al través del recurso de casación cuando se refiere a la actuación del juez del conocimiento, del que tiene competencia para conocer de la relación jurídico-penal que nace del delito; mas no puede alegarse en tal recurso la

relativa a la actuación del juez comisionado que solamente afectaría o comprometería actos o diligencias particulares y aislables del proceso. (Sala de Casación Penal, 2 de noviembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 195, 1ª y 2ª, 196, 1ª).

135

NULIDAD

Por incompetencia del juez. Competencia propia u originaria y derivada o delegada.

En los asuntos de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito, por medio de sus salas penales, entre los cuales se encuentran los procesos que se sigan a los jueces por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas (Art. 33, Num. 2º, del C. de P. P.), "el magistrado sustanciador será el funcionario de instrucción" y es a él a quien compete iniciar el sumario, mediante el correspondiente "auto cabeza de proceso", cuando la decisión sea procedente, y disponer si adelanta la investigación directamente o por medio de comisionado, es decir, si las pruebas que decreta las practica por sí o por conducto de funcionario delegado al efecto (Art. 52 del C. de P. P.). Pero el encargo para dicho fin no puede conferir, expresa o tácitamente, bajo ninguna circunstancia, facultad al comisionado para adoptar decisiones dirigidas a darle impulso o trámite al proceso, ni mucho menos para resolver cuestiones de interés para la justicia o para las partes, pues las primeras conciernen al magistrado sustanciador, que es, se repite, el funcionario de instrucción, y las segundas a la sala de decisión, a términos del artículo 174 del Código de Procedimiento Penal, que en su primer inciso establece:

Artículo 174. "Resoluciones de juez colegiado. Quién las dicta. Los autos de sustanciación serán dictados por el magistrado ponente, tanto en la Corte Suprema como en los Tribunales Superiores; las sentencias y los autos interlocutorios serán pronunciados por la sala penal en la Corte y por la sala de decisión en los Tribunales".

El precepto copiado reafirma la tesis de que el funcionario comisionado por el ma-

gistrado sustanciador para practicar diligencias no tiene capacidad decisoria, esto es, carece de competencia para dictar resoluciones en el proceso que se le haya confiado para aquel fin específico.

Fluye con certitud de lo expuesto que el Juez 28 de Instrucción Criminal, al proferir, motu proprio, el auto de 10 de junio de 1972, atrás precisado, obró sin competencia, la que usurpó a la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, como que el auto que admite o rechaza la demanda de constitución de parte civil es de carácter interlocutorio, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 169 numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal, y sólo puede pronunciarlo, en procesos de que conozca un Tribunal Superior, la sala correspondiente.

Cierto es que la demanda de constitución de parte civil se puede presentar en cualquier estado del proceso, antes de que éste haya entrado al despacho del juez o magistrado para sentencia de segunda instancia (Art. 126 del C. de P. P.). Por consiguiente, en el presente caso, el doctor... estaba facultado para intentar la constitución de parte civil en la oportunidad en que lo hizo. Mas ello no quiere decir que la petición deba ser resuelta necesariamente por el funcionario que a cualquier título tenga el negocio al tiempo de la presentación de libelo, verbigracia, el comisionado para diligencias, por cuanto se trata de una decisión jurisdiccional trascendente, que únicamente puede ser adoptada por quien tenga competencia legal, por quien "conoce del proceso", como dice el artículo 130 del estatuto procesal, circunstancia que no concurre en el funcionario delegado para realizar meras diligencias. Si quien recibe el escrito de demanda no es, por ley, el funcionario de instrucción o el juez del conocimiento, sino un juez comisionado para el aporte de pruebas, como aquí sucedió, se debe dar cuenta al comitente para que se pronuncie por quien tenga aptitud (la sala de decisión, en asuntos de competencia del Tribunal Superior) la providencia de admisión o rechazo de la demanda.

A mayor abundamiento, importa observar que los jueces de instrucción criminal, al igual que los demás funcionarios de instrucción que enumera el artículo 48 del Código de Procedimiento Penal, tiene com-

petencia propia u ordinaria, no derivada o delegada, para "iniciar y proseguir la instrucción" de determinados procesos penales (Arts. 55 y 56 Ibidem). En tal virtud pueden y deben practicar pruebas y dictar las resoluciones propias del sumario, tales como las que vinculan a una persona al proceso como sindicado, resuelven la situación jurídica del imputado, deciden sobre la demanda de constitución de parte civil, conceden o niegan la libertad provisional, etc. Pero esa competencia amplia para la formación del sumario se restringe cuando se obra por comisión, ya que ésta no puede comprender materia distinta de la práctica de diligencias (Art. 49 del C. de P. P.); y toda actuación del comisionado, por fuera de los límites del encargo, queda viciada de nulidad, por "incompetencia del juez", de conformidad con lo dispuesto en los artículos 34 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al proceso penal, y 210 del Código de Procedimiento Penal. (Sala de Casación Penal, 2 de febrero de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 382, 1ª y 2ª y 383, 1ª).

136

NULIDAD

Solamente puede declararse la nulidad suprallegal, por falta de defensa, cuando se carece absolutamente de ella.

Y, como se dejó dicho, ni el primero ni el segundo de los cargos reseñados implica infracción a las garantías que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues ni se incurrió en yerro en el trámite del proceso, ni fue denegado, en forma manifiesta, el derecho de defensa del acusado. Ni lo primero, porque en el expediente no se cuenta con indicios que hicieran deducir al juzgador en derecho que el sindicado podía sufrir de enfermedad mental alguna, pues el solo hecho de la ancianidad no permite llegar a semejante supuesto; y tampoco lo segundo, porque Useche Vike contó, tanto en el sumario como en el juicio con la asistencia técnica de un profesional de la abogacía, quien intervino extensamente en la audiencia pública, lo cual no permite ase-

verar que careció absolutamente de defensa, situación única que permite, como lo ha indicado la Corte de manera reiterada, para aceptar la nulidad suprallegal a que alude el demandante. (Sala de Casación Penal, 4 de septiembre de 1973).

137

NULIDAD

(De donación entre vivos).

Bien es verdad que en nuestro derecho positivo (Art. 1524, C. C.) la pura liberalidad o beneficencia es en principio causa suficiente de obligación; pero también lo es que cuando excede de dos mil pesos no tiene autonomía plena, puesto que en tal evento la donación requiere para su validez, en lo que exceda de dicho valor, de la insinuación judicial según lo prescribe el artículo 1458 del Código Civil. Como lo ha dicho la Corte interpretando la razón de ser de esta disposición, intereses de orden superior reclaman la intervención del juez, a fin de que en la donación no se contravenga ninguna disposición legal y, fundamentalmente, para que haya correspondencia y proporción entre lo donado y las facultades económicas del donante, quien como es natural debe conservar los medios indispensables para su subsistencia posterior.

Y si, como lo establece el artículo 1740 del Código Civil, es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, debe seguirse que la donación, que fue el negocio realmente querido y ajustado por los litigantes en la precitada escritura N° 1629, en cuanto excede el valor de dos mil pesos, es nula por haberse omitido el requisito de la insinuación, y así habrá de declararlo la Corte.

Por cuanto la ley expresamente dispone que la donación entre vivos que no se insinuare, "sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos, y será nula en el exceso" (Art. 1458, C. C.), debe seguirse que cuando, como ocurre en el caso sub iudice, se ha donado sin insinuación un bien raíz que valga más de la referida cantidad, el donata-

rio conservará un derecho proindiviso en la finca equivalente a aquella suma. (Casación civil, 25 septiembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 70, 2ª, y 71, 1ª).

138

NULIDAD

(Por antiprocesalismo).

Y quizás con el propósito de acabar con las discrepancias que en torno a las teorías de la nulidad constitucional y del antiprocesalismo surgieron entre los jueces, pero siempre siguiendo el criterio taxativo atrás aludido, el numeral 4º del artículo 152 antecitado elevó a la categoría de nulidad general el hecho de seguir "un procedimiento distinto del que legalmente corresponda", cuyo fundamento jurídico está en la violación del derecho de defensa que como garantía fundamental establece la Constitución Nacional.

Más, como el legislador no consagró las nulidades procesales por mero prurito formalista, sino con el fin de proteger los derechos vulnerados con la ocurrencia de la irregularidad, el motivo de nulidad previsto en la norma transcrita no podrá hallarse sino en los casos en que, para su composición por la justicia, un conflicto de intereses se somete a procedimiento distinto del indicado por la ley para él, como cuando debiéndosele imprimir el trámite ordinario se le hace transitar por el sendero del abreviado o el del especial, en todo o en parte; o cuando siendo de una de esas dos clases se tramita indistintamente por una o por la otra vía, o se acude a las fórmulas esquemáticas propias del proceso ordinario. (Casación civil, 20 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 57, 2ª, y 58, 1ª).

139

NULIDAD

Por indebida representación sólo puede alegarla el indebidamente representado.

Como lo enseñó la doctrina jurisprudencial de la Corte y lo impera ahora el ar-

tículo 155 del Código de Procedimiento Civil, en su inciso 3º, la nulidad por indebida representación sólo puede ser esgrimida por la persona que fue indebidamente representada, mas no por su contrario. Por ende, la parte cuya representación no ofrece reparo, carece de interés jurídico para alegar, como causal de nulidad, la indebida representación del adversario. (Casación civil, 5 de abril de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 84, 1ª).

140

NULIDAD

(Delitos conexos. Investigación).

Ha expresado esta Sala en algunas oportunidades que "el defensor no puede, ni aun para recurrir en casación, aducir el argumento de que la disposición legal aplicable al procesado no era la que el Tribunal sentenciador aplicó sino otra que establece sanción más severa. Ese argumento sólo puede admitírsele al Ministerio Público o a la parte civil como recurrentes". Tal doctrina resulta pertinente en este caso, y con fundamento en ella es preciso calificar de inadmisibles el planteamiento impugnatorio aludido.

Importa recordar, por lo demás, que la Corte ha rechazado siempre acusaciones sustancialmente iguales a la que informa el contenido de la presente demanda, aunque hayan sido formuladas por el Ministerio Público. Así, en sentencia de casación del 18 de octubre de 1967, dijo sobre el particular:

"c) La acción penal, respecto del delito en que se genera, es autónoma y se ofrece en su ejercicio dentro de ese específico carácter, precisamente porque cada delito, aunque concorra con otros, en función de conexidad, en el mismo proceso, como ha recabado la Corte, 'tiene su individualidad propia, independientemente de los que se hayan cometido', ya que esa conexidad juega, 'no con los elementos constitutivos de cada delito, sino con el nexo que liga un hecho punible con otro'. Esa autonomía de la acción penal, como es obvio, impide que

pueda surgir nulidad alguna cuyo presupuesto haya de ser el hecho de que un delito, ligado por conexidad a otro que se investigó y falló, hubiera quedado sin siquiera intentar someterlo al primero de esos dos cometidos”.

En fallo de 14 de marzo de 1968, aún no publicado en la Gaceta Judicial, la Sala reitera el criterio expuesto en el transcrito aparte. (Sala de Casación Penal, 26 de febrero de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 402, 2ª).

141

NULIDAD — CAUSAL 4ª

Quien alega en casación que el juicio está viciado de nulidad, porque en el auto de proceder se incurrió en error respecto a la denominación jurídica de la infracción, tiene el deber de demostrar, mediante razonado estudio del haz probatorio, que los juzgadores desfiguran la realidad fáctica del proceso por errores —de hecho o de derecho— en la valoración de la prueba, o de comprobar por análisis jurídico, si no convierte los hechos que el fallador tuvo como establecidos, que la norma de la cual fueron subsumidos no era la rectora del tipo sino otra.

La causal de nulidad invocada por el recurrente la prescribe el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, y no tiene cabida en este caso porque el auto de proceder fue redactado con ceñimiento a los requisitos formales exigidos por el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, y en su parte resolutive contiene, como conclusión de las premisas sentadas en la motiva, el llamamiento a juicio por el delito de homicidio que denomina el Código Penal en su Título XV, Capítulo 1º. Cabe advertir que el juzgador, en el auto de proceder, no determinó dentro del género del delito, en su parte resolutive, la especie del asesinato, sino que en la motiva hizo la calificación del hecho imputado al condenado, con las circunstancias especificadoras que luego fueron incluidas en el cuestionario absuelto afirmativamente por el jurado.

Las circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad no alteran el nomen juris de la figura delictiva, pero lo especifican dentro de su categoría. Tal fue lo ocurrido en el presente caso, y en estas condiciones, aún si el cargo se hubiese formulado correctamente, no podría prosperar. (Sala de Casación Penal, 27 de noviembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 215, 2ª).

142

NULIDAD CONSTITUCIONAL

Cuando el demandante en casación postula cargos por vicios de forma en el procedimiento y alega también motivos de fondo, el método lógico obliga a examinar las acusaciones “in procedendo” y luego las causales “in iudicando”. Sin certeza de la condición normal del procesado, al tiempo de cometer el hecho reprimido por la legislación penal, no se puede abrir causa criminal con formulación de un cargo investido de dolo, pues este factor es predicable de las personas no contempladas en el artículo 29 del Código Penal. El motivo de la nulidad radica en la inobservancia de las formas propias del juicio (Art. 26, C. N.).

Prescribe el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable —en lo pertinente— al proceso penal por virtud de lo ordenado en el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, que la Corte examinará en orden lógico las causales de casación alegadas por el recurrente, y si hallare procedente alguna de las previstas en los numerales 1º y 4º del artículo 368, se abstendrá de considerar las restantes; casará la sentencia recurrida y dictará la que debe reemplazarla... Agrega la disposición que si la causal que prospera es la consagrada en el numeral 5º del artículo 368: “Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 152, siempre que no se hubiere saneado”, la Corte decretará la nulidad y ordenará remitir el expediente al Tribunal, para que éste o el juzgado proceda a renovar la actuación anulada.

Infiérese con claridad de la norma que viene de citarse, en armonía con el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, que la Corte sólo debe estudiar todos los motivos de casación aducidos por el actor cuando ninguno de ellos esté llamado a prosperar, con el fin de desechar el recurso.

Cuando el demandante en casación postule cargos por vicios de forma en el procedimiento, en el ámbito de la causal 4ª del artículo 580, del Código de Procedimiento Penal, y alegue también motivos de fondo, como el de ser la sentencia violatoria de la ley sustancial o el de no estar aquélla en consonancia con el auto de proceder o con el veredicto del jurado, el método lógico obliga a examinar primero las acusaciones *in procedendo*, y luego las causales *in iudicando*, si las de forma no aparecieren justificadas. Quiere ello decir que si la causal *in procedendo* prospera, la Corte no tiene por qué estudiar las *in iudicando*, aunque pudieran tener éxito de no estar viciada de nulidad la actuación.

No es, pues, el orden que caprichosamente adopte el recurrente en la presentación de los cargos el que deba seguir la Corte en el fallo, sino el sistema lógico impuesto por la ley, tomando en cuenta la naturaleza y proyección de cada una de las causales de casación, particularmente cuando alguna de las censuras esté destinada a prosperar.

Los elementos de juicio que se dejan relacionados no permitían el juzgamiento del procesado, ... por la vía del jurado, pues motivan verdadera perplejidad acerca del estado mental del sindicado, al punto de que no le es posible al fallador afirmar, con razonable fundamento, que aquél no es una de las personas comprendidas en el artículo 29 del Código Penal, y si los peritos médicos no despejaron la incertidumbre, como que no se atrevieron a calificar la intensidad de la anomalía psíquica permanente que observaron en el acusado, no le era dable al juez eliminar la duda catalogando como "leve" aquella enfermedad mental, pues no sólo en equidad y justicia sino por orden de la ley (Art. 216 del C. de P. P.) ha debido resolver la perplejidad en favor del inculpaado, dándole a éste el tratamiento legal previsto para los llamados, con alguna impropiedad, "delincuentes anormales".

La imputación a título de dolo, elemento éste típico de la culpabilidad, únicamente puede hacerse a quien voluntaria y conscientemente haya ejecutado el hecho descrito en la ley como infracción. Sin certeza de la condición normal del procesado, al tiempo de cometer el hecho reprimido por la legislación penal, no es permitido abrir causa criminal con formulación de un cargo investido de dolo, por cuanto este factor subjetivo solamente es predicable respecto de personas no comprendidas en la disposición del artículo 29 del Código Penal, tal como lo advierte el artículo 12 *ibidem*.

Por las razones anotadas, el proceso adolece ciertamente de nulidad, desde el auto de llamamiento a juicio, inclusive, por cuanto en él intervino el jurado, cuando ha debido decidirse exclusivamente por el Juez Superior, de acuerdo con lo previsto en el artículo 34, numeral 5º, del Código de Procedimiento Penal, siguiendo el procedimiento indicado por la ley para el juzgamiento de las personas a que se refiere el artículo 29 del Código Penal. El motivo de nulidad radica en la inobservancia de las formas propias del juicio, impuestas por la Constitución Política (Art. 26) y sin las cuales no puede existir el debido proceso, necesario para la aplicación de la ley sustancial. (Sala de Casación Penal, 31 de julio de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 281, 1ª y 2ª; 282, 2ª, y 283, 1ª y 2ª).

143

NULIDAD CONSTITUCIONAL

Debe examinarse en primer lugar la causal 4ª de nulidad, habida cuenta de que de prosperar, es la anulación del proceso y resulta antijurídico hacerse otras declaraciones con efectos en derecho sobre un proceso nulo. La omisión en el cuestionario sometido al jurado de elementos tipificadores de la infracción o de circunstancias modificadoras de la responsabilidad del procesado, constituyen nulidad constitucional. (Art. 26, Constitución Nacional).

Si bien el actor, en memorial presentado luego de cumplidos los traslados a todas las partes, pide que se tome, como motivo prin-

cial de casación, el que señala la causal segunda, la Corte entra a ocuparse de la causal cuarta, pues su examen es preferencial, como lo ha dicho esta Corporación en otras oportunidades, habida cuenta de que, de prosperar, es la anulación del proceso lo que principalmente debe disponerse, pues resulta antijurídico que pudieran, en razón de otros motivos de casación, hacerse declaraciones con efectos en derecho dentro de un proceso nulo.

2º En los cuestionarios transcritos, en relación con los procesados, se plantea al jurado el hecho de la muerte de Osías Santiago Rodríguez, "con premeditación y aprovechándose de las circunstancias de indefensión en que se encontraba la víctima".

Esto es, que no se les preguntó por las circunstancias especificadoras del delito de homicidio de que trata el auto de proceder, pues se alude a la premeditación simple (de la cual se ocupa el ordinal 5º del artículo 37 del Código Penal, preparación ponderada del delito, para señalarla como circunstancia de mayor peligrosidad) y al abuso de las condiciones de inferioridad del ofendido (Numeral 6º del Art. 363 del Código Penal).

3º Es, pues, manifiesta la falta de concordancia entre el auto de proceder y el cuestionario, lo que obviamente crea ambigüedad en la formulación del cargo dentro del debate público de la audiencia, con perjuicio en el derecho de defensa de los sindicados.

No cabe asimilar, como anota el Procurador Delegado en lo Penal, las circunstancias de agravación del homicidio de que se ocupan los ordinales 5º y 6º del artículo 363 del Código Penal, pues se refieren a formas distintas del comportamiento del agente del delito.

Tan evidente resulta que se trata de maneras diferentes de la conducta criminal, que el legislador mismo las ha clasificado en numerales distintos.

Refiriéndose Jesús Bernal Pinzón a la circunstancia modificadora de la responsabilidad penal de que trata el citado ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal expresa en su obra "El homicidio" (Editorial Temis, Bogotá, 1971, página 178) que "la agravante distingue claramente las situaciones di-

versas: Una, la que se refiere a 'poner a la víctima en condiciones de indefensión', que debe ser diferente de la otra, que consiste en 'abusar de las condiciones de inferioridad del ofendido' (numeral 6º). Tal parece que cuando el agente tiene determinada actividad, encaminada a colocar o a poner a su víctima en condiciones de hacer más efectivo su designio criminoso y más difícil la posibilidad de defensa, entonces la agravante será la del numeral 5º y, más concretamente, referida a la insidia, la asechanza, la alevosía, etc. Aquí se siguieron las enseñanzas de Carrara, relativas a los modos de ocultación, de que se habló atrás".

Igualmente la Corte, en sentencia de 9 de noviembre de 1960 (G. J. T. XCIV, página 173), dijo:

"No debe desconocerse la distinción que hace la ley de las dos clases de inferioridad de la víctima: la procurada por el agente y la aprovechada por él. El ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal se refiere a la perpetración del homicidio en circunstancias que el agente procura o busca y que colocan a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento. En cambio, las condiciones de inferioridad del ofendido, no procuradas o buscadas por el agente, sino aprovechadas con cobardía o deslealtad, por falta de sentido moral y para asegurar el resultado delictivo y correr el menor riesgo, constituyen el abuso de esa particular situación de la víctima, indicada como circunstancia de asesinato en el ordinal 6º".

Y en cuanto a la premeditación simple, que no otra cosa resulta en la "preparación ponderada del delito", como se dijo atrás, ella apenas constituye una circunstancia de mayor peligrosidad. Sólo cuando va acompañada de motivos innobles o bajos se tiene la agravante del homicidio de que trata el referido ordinal 2º del artículo 363 del Código Penal. Y, ya se dejó anotado, el cuestionario no plantea al jurado sino la premeditación simple.

4º Esa ambigüedad en el cuestionario, claramente discordante con la especificación del cargo que se hizo a los recurrentes en el auto de proceder, obviamente afecta, como se anotó ya, el derecho de defensa, pues resultó muy distinto el cargo hecho en

el auto de proceder, del que fue propuesto en los cuestionarios y respecto del cual, obviamente, debía girar el debate público de la audiencia.

Y tal discordancia repercutió en la sentencia impugnada, como que en ella se toma en cuenta la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, respecto de lo cual no se pronunció el jurado.

Es evidente, entonces, que se tiene nulidad constitucional en esta violación de las formas propias del juicio y que corresponde reponer la actuación, como lo pide el demandante. (Sala de Casación Penal, 14 de agosto de 1973).

144

NULIDAD CONSTITUCIONAL

En diferentes oportunidades ha señalado la Corte que únicamente cuando es absoluta la inasistencia jurídica del procesado, debe entenderse como denegada la garantía del derecho de defensa que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional.

En diferentes oportunidades ha señalado la Corte que únicamente cuando es absoluta la inasistencia jurídica del procesado, debe entenderse como denegada la garantía del derecho de defensa que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Y es que a la supuesta infracción de esta garantía constitucional se refiere el actor, con apoyo en supuestas irregularidades de procedimiento que, en su entender, inciden en el ejercicio de ese derecho de defensa que le corresponde al acusado.

Pues bien:

No hace el demandante sino enunciar yerros de trámite, sin ajustarse a la realidad procesal. Con toda razón observa el Ministerio Público que "es impertinente buscar la invalidación del fallo a través de simples enunciados sobre hipotéticas nulidades, sin dejar en claro la identificación o comprobación de ellas, quizá creyéndose que la Corte, con el simple planteamiento del cargo, está obligada a estudiarlo, indagando oficiosamente a través del proceso las razones jurídicas o fácticas que demues-

tren la existencia y valor de la censura, lo que, se debe saber, es carga que pesa sobre el actor o demandante".

Y refiriéndose a las tachas señaladas, anota el Ministerio Público:

"Confrontada la actividad procesal que se... "desprende del examen del expediente..." con el artículo 382 de la ley de procedimiento penal, no parece por parte alguna verdad en el cargo formulado..." Tampoco es cierto que 'casi tres meses se emplearon en recibir pruebas en contra de su mandante, sin que hubiera tenido manera de defenderse de ellas...', pues sería necio pensar... que antes de la declaratoria de reo ausente no era viable adelantar el sumario... Y "las pruebas que solicitan las partes, obviamente deben estar sujetas a su practicabilidad... La que no se llevó a cabo en este negocio, fue motivado por razones más que aceptables, de acuerdo con los informes y ratificación de ellos que hiciera el empleado del Juzgado 2º Superior. Igual suerte corrió la petición del defensor de oficio... Y, por último, como se anota por el Tribunal Superior de Bogotá, en cuanto a práctica de pruebas durante la audiencia, según petición del defensor, ello implica "que sean conducentes por la relación que tengan con los hechos que sean materia del debate; y con las solicitudes en este evento se pretende, por una parte, poner de presente hechos que no inciden o no tienen relación con los hechos evidenciados, y por la otra, presentar al sindicado como víctima de hechos que éste en sus intervenciones no ha advertido, como tampoco ninguno de los declarantes que han concurrido al proceso..."

Ningún desconocimiento, de manera absoluta del derecho de defensa ha ocurrido en el juzgamiento del recurrente..., quien contó con la asistencia jurídica de un profesional del derecho durante el juicio. (Sala de Casación Penal, 30 de agosto de 1973).

145

NULIDAD CONSTITUCIONAL

La indagatoria ha de versar, por necesidad lógica y por mandato de la ley (Art.

387, antes 350 del C. de P. P.), sobre los hechos específicos que constituyen el objeto del proceso, y es indispensable para continuar el sumario y calificar su mérito.

La indagatoria es ante todo un medio de defensa, el primero y quizá el más importante de que dispone el sindicado, pues en ella se le entera de los hechos que la motivan; tiene oportunidad de negarlos, explicarlos o contradecirlos; puede hacer confesiones calificadas o restrictivas que surgen amparadas por una presunción legal de veracidad; tiene la ocasión de demandar la práctica de pruebas, entre ellas la de confrontación personal con quienes lo hayan acusado, etc.

La indagatoria ha de versar, por necesidad lógica y por mandato de la ley (Art. 387, antes 350, del C. de P. P.), sobre los hechos específicos que constituyen el objeto del proceso, y es indispensable para continuar el sumario y para calificar su mérito, salvo el caso de que no fuere posible encontrar al procesado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 401 (antes 365) del Código de Procedimiento Penal, interpretado a contrario sensu. (Sala de Casación Penal, 21 de agosto de 1973).

146

NULIDAD CONSTITUCIONAL

La no intervención del defensor, en la audiencia pública sin intervención del jurado, constituye una simple irregularidad.

Es verdad que, de acuerdo con la norma atrás citada (artículo 12 del Decreto 1358 de 1964) a la audiencia pública debe concurrir el defensor del procesado y a él se le confiere, en último término, el derecho a hacer uso de la palabra.

Asimismo, se establece en esa disposición que "las partes deberán presentar, al finalizar la audiencia sin intervención del jurado, resumen escrito de sus alegaciones".

Y puede agregarse que, según el obvio espíritu de esa norma la intervención del

defensor debe hacerse para alegar en favor de su defendido.

Pero si se tiene en cuenta que en las audiencias sin intervención del jurado, no se toma una decisión sobre su responsabilidad, como sí sucede en aquellas en que participan los jueces del pueblo, que deciden sobre esa responsabilidad por medio de un veredicto, pronunciado en la misma audiencia pública, se llega a la conclusión de que no alegar, en las primeras, mientras dura tal acto, sino con posterioridad al mismo pero antes de que se dicte la sentencia y en forma que las razones de la defensa alcancen, a ser consideradas por el juez constituye, ciertamente, una irregularidad en el proceso, pero no propiamente una nulidad.

No es una de carácter procesal, porque no está considerada así por la norma que señala, de modo taxativo, tales nulidades.

Y no tiene aspecto de nulidad constitucional esa omisión porque, en las precisas circunstancias que se dejan anotadas, no puede decirse que quedara el procesado sin defensa o que se hubiera omitido una de las formalidades esenciales del juicio.

Nulidad constitucional habría si el defensor no presentara su alegato antes de la sentencia o lo hiciera en cualquier otra forma que no permitiera la consideración, por el juez, de sus razones en favor del procesado. (Sala de Casación Penal, 26 de enero de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 378, 2ª, y 379, 1ª y 2ª).

147

NULIDAD POR TRAMITE INADECUADO

Quizás con el propósito de acabar con las discrepancias que en torno a las teorías de la nulidad constitucional surgieron entre los jueces, pero siempre siguiendo el criterio taxativo atrás referido, el legislador de 1970, mediante el numeral 4º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, elevó a la categoría de nulidad general el hecho de seguir "un procedimiento distinto del que legalmente corresponda", cuyo fundamento o razón de ser está en lo preceptuado por el artículo 26 del Código Institucional colombiano, según el cual nadie

puede ser juzgado sino con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Mas, como lo dijo la Corte en sentencia de 7 de marzo pasado y hoy lo reitera, el motivo de nulidad previsto en la norma transcrita no puede hallarse sino en los casos en que, para su composición por la justicia, un conflicto de intereses se somete a procedimiento distinto del indicado por la ley para él, como cuando debiéndosele imprimir el trámite ordinario se lo hace transitar por el sendero del abreviado o el del especial, en todo o en parte; o cuando siendo de una de estas dos clases se tramita indistintamente por una o por la otra vía, o se acude a las fórmulas esquemáticas propias del proceso ordinario. (Casación civil, noviembre 19 de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 121, 2ª, y 122, 1ª).

148

NULIDAD POR VIOLACION DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

El artículo 26 de la Constitución Nacional, como lo ha sostenido la Corte, consagra un complejo doctrinario integrado por distintas previsiones que no siempre tuvieron igual desenvolvimiento histórico, si bien se presentan ahora en estrecha unión para instituir las llamadas "garantías procesales", que, con las garantías penales del artículo 28, preservan situaciones absolutamente necesarias para seguridad de la persona humana.

"El artículo 26 de la Constitución Nacional —como lo ha sostenido esta Corporación— consagra un complejo doctrinario integrado por distintas previsiones que no siempre tuvieron igual desenvolvimiento histórico, si bien se presentan ahora en estrecha unión para instituir las llamadas garantías procesales, que, completadas con las garantías penales del artículo 28, preservan situaciones absolutamente necesarias para la seguridad de la persona humana".

De acuerdo con constancias que han sido transcritas y reseñadas al presentar la síntesis de la demanda, ya bien avanzada la

segunda sesión de la audiencia pública que se verificó el 21 de octubre de 1971 e inmediatamente a continuación de un fuerte diálogo habido entre fiscal y defensor, aquél resolvió poner en conocimiento de la audiencia la constancia anteriormente transcrita, cuyo primer punto hace relación a una conversación entre dos jurados y el defensor que tuvo lugar 7 días antes durante un receso de la primera sesión y la brevísima charla seguida al saludo de rigor que otro jurado tuvo con el mismo Fiscal en la esquina de la carrera 7ª con Avenida Jiménez de esta ciudad. De lo que el Agente del Ministerio Público captó "en el salón contiguo al de la audiencia" y de las palabras de la víspera de la información, seguido ello de su ratificación bajo juramento y de la orden de expedición de copias con destino al Juzgado de Circuito Penal (reparto) "para que el funcionario a quien corresponda, se sirva decidir lo que sea del caso en relación con los hechos denunciados por el señor Fiscal de este Juzgado", concluye el representante de la sociedad que se violó la serenidad del jurado, se afectó su imparcialidad y bajo tal estado anímico, produjo el veredicto, con lo cual se incurre en la nulidad de orden constitucional en referencia. (Sala de Casación Penal, 30 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 315, 2ª, y 316, 1ª).

149

NULIDAD PROCESAL

Son distintas la capacidad procesal o legitimatio ad processum y la legitimación en la causa o legitimatio ad causam.

El actual Código de Procedimiento Civil, vigente en el país desde antes de iniciarse la presente controversia, destina todo el Capítulo 5º del Título XI de su Libro Segundo, a reglamentar la materia de las nulidades procesales. Lo integran las normas que señalan las causales de nulidad en todos los procesos y en algunos especiales, así como las que determinan las oportunidades para alegarlas, la forma de ser declaradas, sus consecuencias y su saneamiento.

Mediante los primeros de dichos preceptos, el legislador de 1970, como también lo hacía el estatuto procedimental anterior, adoptó como principio básico en esta materia, aunque ampliando el número de las causales anteriormente consagradas, el de la especificidad, según el cual no hay defecto capaz de estructurar nulidad adjetiva sin ley que expresamente la establezca. Por cuanto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, los motivos de nulidad, ora sean los generales para todo proceso o ya los especiales para algunos de ellos, son pues limitativos y por consiguiente no es posible extenderlos a informalidades diferentes.

Porque si, como lo ha dicho la doctrina de la Corte, en la tramitación de un proceso puede incurrirse en distintas irregularidades, los medios para su corrección son diferentes según la naturaleza y gravedad de la informalidad: el de la nulidad lo reserva la ley para los casos en que, por omitirse "un elemento o formalidad esencial para la idoneidad del acto con detrimento de los principios que gobiernan el ordenamiento jurídico y el derecho de defensa" revisten mayor gravedad; las demás irregularidades pueden corregirse mediante las excepciones previas, los recursos, etc., llegando, como lo estatuye hoy el artículo 152 in fine, hasta su saneamiento "si no se reclaman oportunamente por medio de los recursos que este Código establece" (G. J., Nos. 2115-16, 634).

El numeral 7º del precitado artículo 152 del Código de Procedimiento Civil eleva a la categoría de nulidad, en todos los procesos, "la indebida representación de las partes", cuya razón de ser está en la violación del derecho de defensa que como garantía fundamental establece la Constitución Nacional.

Pero como la nulidad adjetiva es fenómeno puramente procesal y no sustancial, la causal en comento sólo puede darse en los casos en que el incapaz legal actúa por sí mismo en el proceso, o cuando lo hace por conducto de un representante ilegítimo, o cuando un apoderado gestiona en el proceso a nombre de una parte sin que exista el debido poder de representación; y no cuando la demanda es instaurada por quien no es titular del derecho que reclama,

o en frente de quien no tiene la obligación de responder. Es decir, que la "indebida representación" como causal de nulidad, atañe a la legitimación en el proceso y no a la ilegitimación en la causa litigiosa; y que si esta última ocurre debe atacarse en casación con fundamento en la causal primera y no en la quinta, por implicar un yerro in judicando y no in procedendo.

Por tratarse de dos fenómenos diferentes, no sólo por su naturaleza sino por los efectos que de ellos se derivan, no puede confundirse la capacidad procesal o legitimatio ad processum, con la legitimación en la causa o legitimatio ad causam, ni mucho menos pretender refundirlos en uno solo: la primera es un presupuesto procesal que tutela el derecho individual de defensa, establecido para asegurar la debida representación de los sujetos entre quienes se trababa la relación jurídico-procesal; al paso que la segunda no se ubica en el campo de la actuación de las partes en el proceso, sino que se refiere al fondo mismo de la cuestión sustantiva, a la posición que ocupan los litigantes dentro de la situación fáctica gobernada por leyes que atribuyen derechos e imponen obligaciones. Por consiguiente, la ilegitimación en la causa es cuestión ajena a la nulidad procesal por indebida representación (Casación civil, noviembre 19 de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 120, 2ª, y 121, 1ª y 2ª).

150

NULIDAD SUPRALEGAL

No la constituye el hecho de haberse producido una peritación psiquiátrica con posterioridad a la fecha indicada.

En suma, el juez del conocimiento, lejos de quebrantar la ley, designó de manera preferente a los médicos oficiales, conforme al mandato contenido en el artículo 338 del Código de Procedimiento Penal: los peritos forenses cumplieron su encargo en la forma y con los requisitos que se exigen para la prueba pericial, y, finalmente, nadie objetó en ningún tiempo la peritación. Luego en manera alguna se quebrantaron las formas propias del juicio al ventilarse el proceso con intervención del jurado.

Nada es preciso agregar a lo expuesto por el Procurador para desvirtuar plenamente la segunda faz de la censura: "Si el señor demandante hubiera estudiado el proceso con mayor detenimiento, seguramente no habría elevado la queja, referente a haberse practicado la pericia "vencidos ya los términos". "Al efecto, se tiene que por auto de marzo 21, como él lo afirma, se ordenó el examen psicosomático del procesado (Fl. 166), mas únicamente en abril 20 se remite el expediente a los señores médicos legistas, (Fl. 176 v.) y obviamente, como se desprende de los oficios números 188 y 189 (Fls. 175 y 176) el procesado fue puesto a órdenes de ellos en la misma fecha. Los peritos médicos envían su pericia en abril 28, es decir, ocho días después, lo que sin duda alguna no da margen al cargo, tan equívocamente formulado". Es evidente, de otro lado, que aún en la hipótesis de haberse producido la peritación psiquiátrica con posterioridad a la fecha en que realmente se produjo, a tal irregularidad no podría asignársele el rango de nulidad suprallegal, como lo pretende el actor. (Sala de Casación Penal, 6 de diciembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 252, 2ª, y 253, 1ª).

151

NULIDAD SUPRALEGAL

(Por no ordenarse el reconocimiento médico del sindicado, cuando se dan los presupuestos exigidos en el Art. 411 del C. de P. P.).

La orden de examinar, por peritos médicos, a un sindicado, está sujeta al requisito que el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal (Art. 374 del anterior) establece claramente cuando dice que "tan pronto como el funcionario de policía judicial o el instructor observen en el procesado indicios de que se halle en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o que se encuentre en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconsciencia, ordenarán su examen por peritos médicos".

Es decir, se necesita, para disponer tal examen, que haya un notorio estado de alteración de la personalidad, que pueda ser descubierto a simple vista por el investigador o por el juez, a quienes no se obliga

a tener conocimientos profundos de psicopatología o psiquiatría, para que deban proceder a un examen distinto del simplemente ocular del procesado a fin de ver si presenta tales síntomas. (Sala de Casación Penal, 26 de enero de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 378, 2ª, y 379, 1ª).

152

NULIDADES

Causales de nulidad del proceso ejecutivo.

Las causales de nulidad que podían alegarse conforme al Código Judicial (Ley 105 de 1931), reemplazado por el Código de Procedimiento Civil (Dctos. 1400 y 2019 de 1970) eran taxativas, tanto las que se refieren a todos los procesos, entre ellos al ejecutivo, como a las que podían tener lugar solamente en relación con este último. De las primeras trataba el artículo 448 y de las segundas el artículo 451.

Este artículo, al establecer las causales de nulidad del proceso ejecutivo colocaba como 2ª, "la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes", las cuales, según la constante jurisprudencia de la Corte, eran las señaladas en los artículos 1038, 1046 y en la Ley 176 de 1936 (XLVIII, 120; LX, 85), destinadas a que la almoneda tuviera suficiente publicidad, a fin de obtener la mayor concurrencia de postores y unas mejores condiciones en la oferta.

Referíanse tales formalidades al anuncio del remate por medio de carteles con señalamiento de fecha y hora, determinación de los bienes, noticia de avalúo y base del remate (Art. 1038); a la fijación de estos carteles en los distintos municipios de ubicación de los bienes destinados a la subasta (Art. 1039); a la comisión judicial a jueces del lugar de dicha ubicación para que hicieran el remate (Art. 1040); a las menciones necesarias en la designación de los bienes (Art. 1041); a la formación de los lotes de los bienes para facilitar la licitación u obtener mayores ventajas (Art. 1042); a la celebración del remate en horas de despacho y a su continuidad de tres horas una vez principiada la licitación (Art. 1043); a los pregones preparatorios de és-

ta (Art. 1044); a la base del remate y a la consignación para hacer postura (Art. 1045 subrogado por el 1º de la Ley 176 de 1936); y a la publicidad de las ofertas en voz alta (Art. 1046). Fuera del incumplimiento de estas formalidades propias del remate de bienes, otras irregularidades no estaban contempladas como causa de nulidad del remate: (L, 77).

Estas causas de nulidad, hasta donde era posible, se resolvían dentro del mismo trámite ejecutivo, (XLIV, 277), y solamente podía acudir al proceso ordinario cuando se había aprobado el remate (Art. 457, Inc. 2º), circunstancia ésta distinta de haberse dictado sentencia de pregón y remate, cuando aún no se había hecho el pago al acreedor, con el cual concluía el trámite de apremio (Art. 981). Ese era el espíritu del Código anterior, insito en los artículos 455, que ordenaba al juez poner en conocimiento de las partes las causales de nulidad antes de decidir sobre lo principal del pleito; 456, que facultaba a las partes para pedir la declaratoria de tales causales; y 457, inciso 2º, que autorizaba la vía ordinaria una vez aprobado el remate (XLVII, 31; L. 45; LXVI, 780). (Casación civil, 13 de junio de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 112, 1ª y 2ª).

153

NULIDADES

La falta de pago del impuesto de timbre no acarrea nulidad.

Considera la Corte que el estampillaje de la diligencia de avalúo, conforme a las disposiciones citadas, no era una de aquellas formalidades prescritas para hacer el remate de bienes cuya falta constituyera causa de nulidad, durante la vigencia del artículo 451 del Código Judicial, ni que la omisión en el pago del timbre permitiera demandar en proceso separado la nulidad de la diligencia.

Ciertamente, como lo prevenía el artículo 20 del Decreto 2908, los escritos, actuaciones y documentos de que trataba el artículo 5º del mismo decreto, entre los cuales, el aparte 45, se hallaba la diligencia de avalúo con intervención de peritos, no podían ser aceptados por los funcionarios oficiales ni tenidos como prueba, si no esta-

ban provistos de las estampillas correspondientes debidamente anuladas, o carecían de la constancia de haberse pagado el impuesto, mientras no se comprobara el pago de la sanción de que trataba el artículo 28 del mismo decreto, la cual consistía en el pago de tres veces el valor del impuesto no satisfecho oportunamente; y con la advertencia de que sólo después de pagadas las sanciones se consideraba revalidado el escrito, actuación o documento.

La sobredicha diligencia de avalúo no "carece de validez jurídica" por efecto de no haber sido estampillada oportunamente, pues ello no lo ordenaba la ley respectiva. Simplemente dice ella que la actuación no podrá ser aceptada por los funcionarios oficiales ni tenida como prueba, si no está provista de las estampillas correspondientes, "mientras no se compruebe el pago de la sanción". Pero si el respectivo funcionario, contraviniendo la norma la acepta o la tiene como prueba, tal proceder no acarrea la nulidad de la diligencia, sino la sanción fiscal correspondiente.

Si se aceptara que la actuación no estampillada carece de validez jurídica, como pretende el demandante, se desnaturalizaría la sanción fiscal. La Corte ha dicho, refiriéndose a ésta, que "en materia de sanciones civiles o penales el criterio es siempre restricto, porque toda sanción de cualquier naturaleza es taxativa y porque el criterio de analogía no existe en esta materia. Una sanción civil o penal no puede imponerse sino cuando está expresamente establecida en la ley, y en la forma estricta en que ésta la establece... El impuesto de timbre tiene una finalidad meramente fiscal, el pago de una contribución, de un tributo, pago que cuando se omite tiene sanciones, pero no tan extremas que invaliden o anulen o dejen inexistentes para siempre los documentos privados en que se encuentre expresado un acto jurídico. Si hoy la mayoría de los actos que adolecen de nulidad por efecto de vicios sustantivos pueden sanearse, con mucha mayor razón cuando las deficiencias no miran intrínsecamente al acto, sino de una manera adjetiva, como la falta de pago de un impuesto de timbre". (G. J. 1934, Pág. 228 y 231). (Casación civil, 13 de junio de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 113, 2ª y 114, 1ª).

154

NULIDADES

Nulidad del remate como acto procesal o como acto civil.

También distinguía la jurisprudencia la nulidad del remate, como acto procesal, por falta de formalidades para hacerlo, de la nulidad del remate ya realizado pero considerado como acto civil, y refiriéndose a estos dos puntos había dicho la Corte: "A la declaración de nulidad del remate verificado en juicio distinto del en que se ha realizado puede llegarse por dos caminos fundamentalmente diversos: o el trazado dentro de las disposiciones del Código Judicial que sancionan la pretermisión de formalidades relativas al procedimiento a que debe someterse la subasta, de lo cual habla el artículo 457 del mismo estatuto o el originado en la ausencia de aquellos requisitos sustantivos que miran a la validez del remate en calidad de acto jurídico encaminado a transmitir a otro el derecho de propiedad por conducto o mediación del juez. El primer camino atiende a remediar las faltas objetivas de procedimiento, como las señaladas en el ordinal 2º del artículo 451 del Código Judicial. Su extensión es muy limitada, ya que se concede en forma excepcional. En tanto que el segundo, por referirse a las circunstancias del consentimiento, de la capacidad, del objeto y de la causa lícitos, elementos básicos de sustentación de todo acto jurídico, tiene la amplitud que cada uno de estos conceptos implica dentro de las normas del Código Civil" (LX, 760). (Casación civil, 13 de junio de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 113).

155

NULIDADES

(Principio de especificidad).

El actual Código de Procedimiento Civil, vigente en el país desde el 1º de julio de 1971, destina todo el Capítulo 5º del Título XI de su Libro Segundo, a reglamentar la materia de las nulidades procesales. Lo integran las normas que señalan las causales de nulidad en todos los procesos y en al-

gunos especiales, así como las que determinan las oportunidades para alegarlas, la forma de declararse, sus consecuencias y su saneamiento. Mediante los primeros de dichos preceptos, el legislador de 1970, como también lo hacía el estatuto procedimental anterior, adoptó como principio básico en esta materia, aunque ampliando el número de las causales anteriormente consagradas, el de la especificidad, según el cual no hay defecto capaz de estructurar nulidad adjetiva sin ley que expresamente la establezca. Por cuanto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, los motivos de nulidad, ora sean los generales para todo proceso o ya los especiales para algunos de ellos, son pues limitativos y por consiguiente no es posible extenderlos a informalidades diferentes (Casación civil, 20 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 57, 1ª).

○

156

ORGANISMO OFICIAL

La existencia de un organismo oficial requiere necesariamente un acto legal o administrativo que lo cree o que autorice su creación. (Sala de Casación Laboral. Julio 31 de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 400, 1ª).

P

157

PAGO POR CONSIGNACION

El deudor como principio general de derecho debe pagar al acreedor, o a quien legalmente lo sustituya o a quien él o el juez determine para que ese pago lo libere de la obligación y en la misma forma, la oferta de pago por consignación que tiene ese mismo fin, debe dirigirse precisamente a ese acreedor y es a nombre de éste como debe operar la consignación respectiva, pues sin que el acreedor pueda a su voluntad percibir lo consignado no quedan solutas las obligaciones del deudor.

La doctrina ha sentido reiteradamente que, cuando el patrono consigna oportunamente lo que considera deber al traba-

jador, esa consignación lo exonera del pago de indemnización por mora, siempre que el monto de lo consignado guarde una proporción razonable con lo que se demuestre realmente que llegare a deberle. Es decir que, no lo exonera la consignación de una cantidad cualquiera, que bien puede resultar irrita con respecto a lo debido.

Por otra parte, tampoco es aceptable una consignación para cualquier persona, sino que desde luego el destinatario de la consignación y oferta de pago precedente debe ser el trabajador debidamente determinado, quien es la persona a quien el patrono está obligado a cubrir los salarios y prestaciones a la terminación del contrato, para que éste pueda subvenir a sus necesidades. La consignación, pues, cuando el trabajador no recibe lo que se le ofrece, o por cualquier otro motivo no se encuentra en condiciones de hacerlo, debe tener la finalidad de poner a su libre disposición ese dinero consignado.

El deudor como principio general de derecho debe pagar al acreedor, o a quien legalmente lo sustituya o a quien él o el juez determine para que ese pago lo libere de la obligación y en la misma forma, la oferta de pago por consignación que tiene ese mismo fin, debe dirigirse precisamente a ese acreedor y es a nombre de éste como debe operar la consignación respectiva, pues sin que el acreedor pueda a su voluntad percibir lo consignado no quedan solutas las obligaciones del deudor. (Sala de Casación Laboral. Abril 6 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 296, 2ª, y 297, 1ª).

158

PAGO POR CONSIGNACION

(Como modo de extinguir la obligación).

Por cuanto en nuestro derecho positivo (Art. 1656 C. C.) el pago es válido no sólo cuando cuenta con el consentimiento del acreedor, sino también cuando se efectúa aun contra su voluntad; el deudor, a fin de liberarse válidamente de la obligación, está asistido de facultad legal para compelir a aquél a recibir la prestación debida.

Para hacer efectivo este derecho del deudor la legislación procesal colombiana, así la que rigió al país hasta junio de 1971 co-

mo la que hoy impera, ha establecido un procedimiento integrado fundamentalmente por los siguientes actos: a) La oferta que por escrito y a través del juez competente hace el solvens al accipiens de pagar el objeto debido; b) Si el acreedor rechaza el pago ofrecido, el juez autoriza la consignación, y c) Si aún después de ésta el acreedor persiste en su negativa, el juez, en petición del deudor, debe proferir sentencia sobre la validez del pago por consignación.

Lo cual quiere decir que en materia civil, salvo el caso de los arrendatarios previsto por el Decreto número 1943 de 17 de agosto de 1957, que estableció una especialísima manera de solucionar el valor de los cánones debidos y no aceptados por el arrendador, el pago por consignación de la prestación debida, como modo de extinguir las obligaciones, debe someterse a la totalidad de las prescripciones legales pertinentes. Sólo a través de la observancia de los actos procesales correspondientes la consignación gozará de eficacia jurídica y producirá por tanto, como lo pregonaba el artículo 1663 del Código Civil, el efecto de "extinguir la obligación, hacer cesar, en consecuencia, los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor; todo ello desde el día de la consignación".

Y si según la preceptiva contenida en el artículo 1664 *ibidem*, lo que en últimas viene a atribuir eficacia jurídica al pago por consignación es la aceptación por el acreedor, o la sentencia ejecutoriada que haya declarado suficiente el depósito de lo debido, no puede decirse que en el presente caso haya ocurrido esta modalidad de solución, porque no ha mediado, según lo demuestran todas las pruebas practicadas, la aceptación ni la sentencia dichas. (Casación civil. 16 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 49, 1ª y 2ª).

159

PAGO POR CONSIGNACION (CONSIGNACION IRRITA)

El concepto de "irrito", aplicado a una consignación, no puede sacarse de una confrontación matemática, pues no existe un patrón o tabla que permita deducir objetivamente que a tanto debido, debe haberse depositado tanto; el concepto de simple

comparación matemática resulta demasiado subjetivo, para que por sí solo sirva de fundamento a una condena por indemnización moratoria.

Diferente es la situación relacionada con la indemnización moratoria, que el sentenciador impone sobre la base de que es ilegal el convenio sostenido por el demandado y fue "irrita" la suma consignada para pagarlas. Pero no tuvo en cuenta si el patrono procedió de buena fe en su actuación, que es el soporte en que la jurisprudencia reiterada de esta Sala ha templado el rigor del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Estudiada la conducta del demandado frente al análisis probatorio antecedente, resulta que el término de duración del contrato es dudoso: tan aceptable es la tesis de aquél de que sólo comprendió 5 meses, 12 días como la del Tribunal de que se prolongó a 8 meses, 6 días, según se mostró al resolver sobre los dos primeros errores imputados a la sentencia. En estas condiciones, el patrono de buena fe pudo creer que no debía compensación por vacaciones y por eso no consignó suma alguna al respecto.

Y en cuanto al auxilio de cesantía, acertó al contestar el hecho 11 de la demanda: "Los valores por prestaciones sociales se le cubrieron así: \$ 780.00 de mayor valor pagado en los recibos semanales que se adjuntan a esta demanda y \$ 200.00 más que se consignaron en el Banco Popular, mediante comprobante de depósito número 841203 con cargo a prestaciones sociales". Es decir, el patrono estaba en el convencimiento de que justamente con el jornal semanal iba pagando auxilio de cesantía, según un convenio, cuya prueba resultó muy deficiente, y, por eso no la admitió la Sala; pero que tiene visos de probabilidad en el texto de los recibos en que realmente era menos lo que debía satisfacerse por auxilio de enfermedad no profesional. Es, pues, punto claramente dudoso.

Resulta así equivocado el concepto del sentenciador de que la suma consionada fue "irrita", ya que ascendió a sólo \$ 200.00 sin mirarla como complemento de los \$ 780 que el patrono creía haber ido abonando semanalmente por prestaciones sociales. El concepto de "irrito", aplicado a una consig-

nación de esta índole, no puede sacarse de una mera confrontación matemática, pues no existe un patrón o tabla que permita deducir objetivamente que a tanto debido; debe haberse depositado tanto; el criterio de simple comparación matemática resulta demasiado subjetivo, para que por sí solo sirva de fundamento a una condena por indemnización moratoria. Por eso, es necesario relacionarlo también con los otros elementos del proceso, a fin de saber si al consignarse una suma pequeña se pretendió hacer un fraude a la ley, tratando de evitar, mediante un depósito que no guarda relación con lo debido, la pena por mora, todo lo cual incide en la buena o mala fe con que haya procedido sobre el particular el patrono.

Y en el evento contemplado no surge mala fe en la consignación de los \$ 200.00, si se tiene en cuenta que se efectuó para completar los \$ 780.00 que el demandado creía haber ido satisfaciendo semanalmente al trabajador con apoyo en hechos discutibles; pero no ilógicos o claramente contrarios a la realidad procesal o que desconocieran derechos ciertos e inequívocos.

En consecuencia, es manifiesto el error de hecho en que incurrió el sentenciador al no haber tenido en cuenta la buena fe que los hechos analizados muestran en la conducta del demandado. (Sala de Casación Laboral. Febrero 23 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 215, 1ª y 2ª).

160

PECULADO — DELITO CONTINUADO

La figura del delito continuado es materia que cuestiona la doctrina jurídico-general, pues al paso que una corriente sostiene la tesis de la ficción en virtud de la cual debe verse un solo hecho, en las varias violaciones de la ley, otra se pronuncia en favor de la múltiple realidad delictiva, y una tercera afirma la realidad del delito unitario. Pero en el sistema colombiano el texto expreso se impone a cualquier clase de reflexiones que, fundados en cualquier motivo se le opongan.

Estima el texto que varias acciones delictivas unificadas en el designio del agen-

te, integran una unidad criminosa, y a esa noción es preciso atenerse.

2. La figura del delito continuado es materia que cuestiona la doctrina jurídico-general, pues al paso que una corriente sostiene la teoría de la ficción en virtud de la cual debe verse un solo hecho en las varias violaciones de la ley, otra se pronuncia en favor de la múltiple realidad delictiva, y una tercera afirma la realidad del delito unitario. Pero en el sistema colombiano el texto expreso se impone a cualquier clase de reflexiones que, fundadas en cualquier motivo, se le opongan. El jurista y el funcionario público no pueden desconocer los mandamientos sin incurrir en peligrosos riesgos de arbitrariedad. No se trata de interpretar el artículo 32 del estatuto represor, sino de aplicarlo en su contenido que, de otra parte, es suficientemente claro y expósito. Estima el texto que varias acciones delictivas unificadas en el designio del agente, integran una unidad criminosa, y a esa noción es preciso atenerse.

4. No podría disociarse la acción múltiple que la ley unifica admitiendo la responsabilidad por una sola infracción y dejando las otras aparte sin siquiera esclarecerlas. La justicia debe agotar los medios para este esclarecimiento en forma total, y, si por situaciones irreparables no lo logra, tampoco puede movilizarse anticipadamente contra un solo eslabón de la cadena delictiva. (Sala de Casación Penal, 20 de septiembre de 1973. Tomo CXLVII, Págs. 367, 2ª, y 368, 1ª y 2ª).

161

PECULADO CULPOSO

(Extravío de documentos u objetos).

Cuando ocurrió la pérdida de los dineros depositados en el Juzgado Penal Municipal de Zarzal, esto es, el 6 de octubre de 1970, regía el artículo 315 del Código de Procedimiento Penal, cuyo inciso primero decía: "Cuando se investigaren infracciones consistentes en falsificación o suplantación

de cartas, papeles o de cualesquiera otras cosas, se reconocerán por el funcionario los papeles o cosas objeto de la infracción, los cuales se agregarán al expediente si fuere posible". Este texto fue brevemente modificado así por el artículo 347 del estatuto procesal vigente: "Cuando se investiguen infracciones consistentes en falsificación o falsedad en documentos, se reconocerán por el funcionario los objetos o escritos sobre los cuales hubieren recaído, y se agregarán al expediente si fuere posible".

Tanto en la disposición anterior como en la actual se hizo referencia a dos clases de infracciones: la falsificación de objetos y la falsedad escrituraria. Los primeros son incuestionablemente las monedas, los papeles de crédito y otros valores, cuya tutela está prevista en los artículos 214 y siguientes del Código Penal, lo mismo que en los artículos 225 y siguientes, relacionados con sellos, papel sellado, estampillas y otros efectos oficiales. Y en el otro grupo están expresamente mencionadas las actividades criminosas de los artículos 231 y siguientes. Aquéllos constituyen objetos susceptibles de alteración o falsificación. El segundo grupo contiene los escritos sobre los cuales recae la falsedad. Unos y otros deben ser reconocidos por el funcionario y agregados al expediente, si fuere posible. Y no sólo es posible sino conveniente para el adelanto de la investigación que esos objetos falsificados o esos escritos mentirosos permanezcan como parte del expediente, al menos mientras se obtiene la prueba legal para dictaminar su legitimidad o su fingimiento. Medida ésta que conviene a los intereses de la justicia en general, y a los de los particulares, ya que, según el caso, se ordenará la entrega a éstos o se secuestrarán según los artículos 349 y 350 de la obra citada.

El juez que cumple con esta obligación no sólo no viola la ley sino que está de acuerdo con ella y la ejecuta puntualmente. Puede que el lugar en donde se mantienen los expedientes con todos los objetos vinculados a ellos no ofrezca seguridad adecuada, pero por el hecho de tenerlos en su oficina el funcionario no incurre en culpa si se extravían o se pierden debido a sucesos, acontecimientos o conductas ex-

trañas. La culpa es siempre una conducta antijurídica, esto es, contraria a las previsiones legales, pero no puede existir cuando el juez se limita a cumplir lo que la misma ley le ordena. (Sala de Casación Penal, 28 de junio de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 523, 2ª, y 524, 1ª y 2ª).

162

PECULADO POR APROPIACION

Elementos que estructuran este tipo penal.

El delito de peculado, por el cual se llamó a juicio al doctor Rodrigo Lizcano Murillo, está definido de la siguiente manera en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951:

“Artículo 3º El funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar o administrar, o guardar, incurrirá en prisión de dos a seis años cuando el valor de lo apropiado o indebidamente usado no pase de tres mil pesos, o en presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor.

“Esta pena será reducida hasta la mitad si antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente, el funcionario o empleado responsable restituyere lo apropiado o su valor, o hiciere cesar el mal uso, resarcando todo perjuicio pero si tal cosa no hiciere sino después de iniciada la referida investigación, la pena sólo se reducirá hasta en una tercera parte siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia”.

En la modalidad de apropiación indebida, que es a la que se refiere el presente proceso, el peculado requiere, para su integración, de los siguientes elementos:

a) Un sujeto activo calificado, a saber, un funcionario público;

b) Que ese funcionario tenga entre sus funciones la de recaudar, pagar, administrar o guardar caudales o bienes, esto es, dineros u objetos;

c) Que, con violación de sus funciones se apropie, en provecho suyo o de un tercero de los bienes que hayan entrado en su esfera de actividad oficial, a virtud de una de las funciones enumeradas.

El interés jurídicamente tutelado en el delito que se viene mencionando, ha sido hasta ahora objeto de enconadas controversias.

Para muchos, es sólo el patrimonial del Estado. Siguen en esto la tendencia a asimilar el peculado al delito de abuso de confianza, olvidando, empero, que no es posible una identificación absoluta entre ambos ilícitos ya que la presencia de un funcionario público como sujeto activo, introduce una variación fundamental en la estructura del peculado.

Para otros se trata de un delito pluriofensivo, es decir, que lesiona varios intereses jurídicos, especialmente la administración pública y el patrimonio, tanto del Estado como de los particulares.

Entre éstos la mayoría dan prevalencia al interés que consiste en el correcto funcionamiento de aquélla sobre el pecuario o patrimonial.

Finalmente están los que le atribuyen al bien jurídicamente protegido una naturaleza administrativa, haciéndolo consistir en el interés que se tiene en preservar la probidad y fidelidad de los funcionarios respecto a la administración pública.

Esta ha sido la tendencia seguida por la Corte que, en diversos fallos, ha sostenido que lo punible en este ilícito es la violación del deber de probidad, que se perpetra “traicionando el normal cumplimiento de sus funciones oficiales, nota característica, en la ley y en la doctrina, del delito de peculado” (G. J., XCV, Pág. 152, 1961), o bien diciendo que “el objeto jurídico tutelado por la infracción es, pues, el deber de probidad en el manejo de las cosas que se recaudan o administran” (G. J., LXXX, Pág. 788, 1955).

No obstante lo anterior, y sin que signifique rectificar tan arraigada cuanto razonable doctrina, no puede dejarse de ver que en este ilícito es muy raro que el daño a los intereses de la administración se halle desvinculado de una lesión de carácter patrimonial a los bienes del Estado o de los particulares, puestos bajo la custodia del funcionario.

Se trata de una plurilesividad de bienes que, como dice el autor (Pagliaro) no se transforma en una multiplicidad de objetos jurídicos en este delito ya que uno solo es el interés protegido y este es el propio de la administración pública.

Así se explica por qué ni la compensación de deudas entre el funcionario y la administración, ni el desistimiento del particular en juicio civil sobre la titularidad del bien apropiado ni otras circunstancias que harían desaparecer el delito de abuso de confianza, tienen igual efecto en tratándose del de peculado.

Pero no basta afirmar lo anterior para concretar la especial naturaleza del bien jurídicamente tutelado.

La sola expresión de que éste consiste en la fidelidad que debe guardar el funcionario respecto a la administración pública no describe totalmente ese interés.

De acuerdo con la más extendida y aceptable doctrina, el funcionario tiene, respecto a los bienes que están bajo su custodia, un deber primordial de mantenerlos a disposición del Estado en forma que éste pueda señalar, en cualquier momento, su destino, esto es, la manera como deben ser usados o transferidos.

La probidad que se exige al funcionario en materia de tenencia de esos bienes se traduce, por lo tanto, en que se mantengan al alcance del mismo funcionario, si éste es quien tiene la facultad a disponer legalmente de ellos, o de otros, en caso contrario.

Se trata, en el fondo, de un deber de custodia, tan importante como el de dar a los bienes una destinación legal, sin el cual no podría cumplirse ninguno de los otros enumerados, en particular, el de destinación de los bienes puestos bajo ella.

Ese deber varía de manifestación según se trate de la salvaguardia de cosas fungibles o de las no fungibles.

Cuando se entrega una cosa fungible, debe devolver la misma cantidad de su especie.

Lo que no quiere decir que pueda, entre tanto, emplearla en provecho propio.

La obligación de mantenerla a disposición de la administración pública, impone el deber de conservarla siempre al alcance de ésta, sin tomarla para sí porque eso sig-

nificaría sustraerla a la facultad de disposición de aquélla.

Es esto cierto, entre otros casos, en el de que el funcionario reciba dinero. No es necesario, salvo casos especiales, que devuelva la misma moneda que recibió, pero sí lo es que mantenga igual cantidad a disposición de la administración pública para que ésta la pueda destinar a fines legales en cualquier momento.

Para preservar esta disponibilidad, ordenan a veces, las leyes, que las sumas recibidas se depositen en determinado establecimiento.

Empero, si el funcionario contraviene esta obligación no comete el delito de peculado mientras mantenga en disponibilidad tales sumas.

El deber fundamental de custodia que constituye el interés jurídico en el delito de peculado, no se viola por esa conducta aun cuando ella pueda acarrear sanciones de otra especie, por ejemplo, de carácter administrativo.

Respecto a la conducta que configura el delito de peculado propio o por apropiación indebida, como también se le denomina, consiste, según el artículo 3º del Decreto 1858, atrás transcrito, en apropiarse en provecho del funcionario o de un tercero, de los bienes puestos bajo su custodia.

Apropiarse tanto quiere decir como hacer suyo, emplear "uti domino", es decir, a modo de dueño, esos bienes.

En otras palabras, dejar de tenerlo en disponibilidad para darles una destinación que no corresponde, a saber, hacerla ingresar en el patrimonio del sujeto activo del ilícito o de un tercero.

La ya explicada delimitación del bien jurídico y de la conducta punible, tienen importantes repercusiones en el campo probatorio.

Para que se considere demostrado el delito de que se viene hablando, es menester que se establezca que el bien dejó de ser disponible.

Nuestro Código, por fortuna, ha particularizado la conducta en cuestión por medio de la expresión "apropriarse" que es verbo rector del tipo.

Es decir que para que se configure esta especie de peculado, no basta cualquier acción que sustraiga el bien de la esfera de disponibilidad de la administración públi-

ca, sino que es necesario que se haga por la vía de la apropiación por el funcionario público encargado de su custodia.

O sea que mientras no se establezca esta conducta, no puede considerarse demostrado el tipo del delito en cuestión.

Por lo que hace al elemento subjetivo de este ilícito, basta el llamado dolo genérico, esto es, la conciencia de estar obrando contra los deberes que impone el vínculo con la administración pública la intención de hacerlo.

En este caso, el funcionario debe saber, en primer término, que lo es, es decir, que tiene una investidura oficial.

Además, debe conocer que el bien ha sido puesto bajo su custodia y que, por lo tanto, es responsable de su suerte.

Asimismo es necesario que sepa que está ejecutando actos de apropiación, es decir, de aquellos que no se pueden llevar a cabo sino con ánimo de dueño.

Pero no lo es que tenga un propósito especial, o sea el denominado comúnmente dolo específico, que, consiste en el propósito de hacer algo u obtener algo una vez consumado el ilícito.

Tampoco puede hablarse, en el caso del peculado por apropiación indebida, de elementos objetivos del tipo, que como tales, condicionen la figura del ilícito y deban ser establecidos para poder considerar probado el cuerpo del delito.

La expresión "en provecho suyo o de un tercero" que usa el artículo del Decreto 1858 de 1951 que se viene comentando, no hace referencia al impulso psicológico del hecho.

Comentando el artículo 314 del Código Penal italiano, sustancialmente igual al tercero del reglamento legal que se acaba de mencionar, un autor dice:

"A diferencia de otras disposiciones donde la ley requiere el 'fin' de obtener provecho (Arts. 624, 625 C. P.) o que el sujeto obre 'para procurarse' o 'para conseguir' un provecho (Arts. 627, 628, 630, 632, 646, 648 C. P.), el artículo 314 hace referencia a la distracción 'en provecho propio o ajeno'. La diferencia no sólo es estilística: mientras las primeras locuciones aluden a una intención no necesariamente realizada, en forma que para la consumación del

delito es suficiente que la acción sea ejecutada con ese propósito, aun cuando no se haya conseguido el provecho, el artículo 314 no requiere ese dolo específico, sino que exige, para la consumación del delito, que el agente haya sacado provecho de su conducta" (Pagliaro).

O sea que la expresión comentada no se refiere a una forma determinada de culpabilidad sino que es un elemento externo de la figura, que debe, ciertamente, ser probado para que el ilícito se diga perfecto, y que, de no demostrarse, hace desaparecer el delito.

Finalmente, entre los elementos constitutivos del peculado, se tiene, aun cuando la ley no lo exija expresamente, el daño.

Es claro que éste consiste en la lesión al bien jurídico tutelado o sea el de probidad frente a la administración pública.

Pero en concreto se presenta, ya se dijo, como resultado de la apropiación del bien puesto bajo la custodia del funcionario.

O sea que, en la inmensa mayoría de las veces, ese daño tiene un carácter patrimonial, aun cuando se hace preciso reiterar que tal cosa no es indispensable, porque puede suceder, aunque sea raro, que el bien del cual se apodera el funcionario no tenga un valor de esa especie.

De todos modos, debe tener algún valor, porque resultaría sumamente forzado sostener que existe improbidad en la disposición de un objeto que no tiene ninguno.

Es así como para demostrar este elemento integrante del peculado que es el daño, debe establecerse no sólo la improbidad, en abstracto, del funcionario, sino el perjuicio que a la administración pública causó, en concreto.

Consecuencia de lo anterior viene a ser, por un lado, que si no se ha demostrado la existencia del daño concreto, no puede darse por establecida la figura delictuosa y, de otra parte, que no se puede simplemente presumir la existencia del daño sino que debe ser concretamente establecido. (Sala de Casación Penal, 15 de junio de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 499, 1ª y 2ª; 500, 1ª y 2ª, y 501, 1ª y 2ª).

163

PENSION DE INVALIDEZ

Para que haya lugar a la pensión de invalidez es necesario que la incapacidad para el trabajo, o las causas que la originan, se presenten durante el tiempo en que el trabajador está prestando sus servicios, es decir, que existan cuando se termina el vínculo contractual. Si ello no es así el riesgo de invalidez no puede hacerse de cargo del patrono, porque no se establece el nexo entre la calidad de trabajador y la incapacidad sobreviniente. (Sala de Casación Laboral. Marzo 29 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 284).

164

PENSION DE JUBILACION CONCEDIDA EN VIRTUD DE CONVENCION O PACTO CONCILIATORIO

De acuerdo con el acta de conciliación y el documento firmado por el demandante, se le concedió la pensión a que tenía derecho, no pudiendo en consecuencia prosperar la petición sobre reconocimiento y pago de la pensión plena, en virtud del efecto de cosa juzgada que la ley le atribuye a la conciliación.

La Compañía Frutera de Sevilla y el Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta solicitaron "autorización para suspender definitivamente actividades en el frente de trabajo correspondiente a la Zona Bananera del Departamento del Magdalena y a dar por terminados los contratos de trabajo que tiene suscrito con los trabajadores que laboran en dicho frente, debido a la baja producción y exportación registrada en el producto al cual dedica sus actividades agrícolas y comerciales, cual es el producto y exportación de banano; "como lo expresa la parte motiva de la Resolución número 0006 de 1966 ya mencionada.

"El motivo indicado para la solicitud fue demostrado y por ello se concedió la autorización para liquidar los contratos.

"Como la norma de actividades producía cada día menores salarios, los trabajadores pidieron que se tomara como base la liquidación para la pensión de jubilación, no el promedio del último año de servicios, sino del año que terminaba el 7

de noviembre de 1965. La empresa aceptó ese factor pero reduciendo el tiempo a los servicios que se le había prestado a ella, lo cual fue aceptado por la Asamblea General del Sindicato".

"Lo único que procede es verificar si lo convenido fue ejecutado, es decir que debe examinarse si la liquidación cumplió los presupuestos acordados".

A folio 20 del cuaderno principal se encuentra la aceptación del señor Antonio López Bohórquez de que sirvió a la Compañía Frutera de Sevilla por un lapso de 17 años, 7 meses y 10 días, de junio de 1948 a 26 de enero de 1966, tiempo que se tuvo en cuenta para liquidarle el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación. Estos datos se encuentran corroborados en la diligencia de inspección ocular en donde consta que no aparece el actor laborando para la Frutera de enero a mayo de 1948 (Fl. 46).

En la misma diligencia aparece que las "ganancias que sirvieron de base para otorgarle la pensión de que disfruta" fueron las obtenidas entre el 8 de noviembre de 1964 y el 7 del mismo mes de 1965, por un total de \$ 11.028.77 o sea un promedio mensual de \$ 919.06.

Con estas cantidades la pensión de jubilación que se le está pagando a López Bohórquez desde el 26 de enero de 1966 y que según la demanda está recibiendo (hecho primero Fl. 12) es la que le corresponde en proporción al tiempo servido a la Compañía Frutera de Sevilla.

De acuerdo con el acta de conciliación y el documento suscrito por López, que obra a folio 92 a 94 y 19 y 20, respectivamente, fue esta la pensión convenida y a la que tenía derecho el demandante, no pudiendo en consecuencia prosperar la petición hecha en el libelo sobre reconocimiento y pago, a partir del 26 de enero de 1966 de pensión plena de jubilación y de reajustes legales de la misma en virtud del efecto de cosa juzgada que la ley le atribuye a la conciliación. (Sala de Casación Laboral. Febrero 7 de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 165, 1ª, y 166, 1ª y 2ª).

165

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION

Si el sentenciador interpretó correctamente el parágrafo del artículo 8º de la Ley

171 de 1961 en el sentido de que no eran acumulables los servicios prestados a la administración pública mediante un contrato de trabajo con los prestados a través de una relación de derecho público, aplicó debidamente la norma al no hacerla producir efectos ante el hecho no discutido de que el trabajador no estuvo vinculado con un contrato de trabajo durante el tiempo exigido para tener derecho a la pensión especial, que sólo se complementaría si se le agregara el servido en virtud de una relación de derecho público, situación esta última que a juicio del fallador, no contempla la norma sustancial. (Sala de Casación Laboral, Agosto 21 de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 457, 1ª y 458, 2ª).

166

PERENCION

Esta no procede sino una vez notificada la demanda.

La procedencia legal de la perención, como medio de liberar al órgano jurisdiccional de proveer sobre las pretensiones deducidas en la demanda y de todas las demás obligaciones nacidas de la relación jurídico-procesal, se subordina a que ésta se haya constituido previamente. Así se infiere, además de la necesidad legal de notificar la providencia que decreta la perención establecida por el artículo 346 citado, notificación que ciertamente carecería de objeto si el demandado no estuviera notificado del auto admisorio de la demanda. (Casación civil, 11 de mayo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 90, 2ª, y 91, 1ª).

167

PERENCION

Procede en el recurso de revisión.

Con apoyo en la finalidad de la función jurisdiccional y en su carácter definitivo, tiene dicho la doctrina que el proceso no puede perpetuarse en el tiempo, y que, por exigirlo así tanto el interés público como el restablecimiento del orden jurídico, la relación procesal debe tener una duración limitada. Normalmente ésta llega hasta el

pronunciamiento de la sentencia, que es el acto procesal mediante el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional para él derivada de los derechos de acción y de contradicción, que asisten a las partes.

Y si bien es cierto que según el principio inquisitivo que hoy campea en la legislación procesal colombiana, corresponde al juez impulsar el proceso (Art. 37 regla 1ª del C. de P. C.), tal regla no es sin embargo absoluta, puesto que son muchos los eventos en que, para llegar a la sentencia, se hace necesaria la actividad de las partes, a quienes, por tanto, se les imponen determinados deberes. Entre éstos se cuenta, según lo preceptúa el numeral 6º del artículo 71 del estatuto citado, el de "prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en su contra".

Por cuanto la actividad de las partes tiene en ciertos casos trascendental importancia para la suerte de sus pretensiones, la ley les impone determinadas cargas procesales, las que consisten en la exigencia legal de una conducta de realización facultativa, establecida en el exclusivo interés del propio litigante llamado a cumplirla, y cuya omisión trae aparejada para él consecuencias desfavorables.

En los casos en que, haciéndose indispensable la gestión del demandante para que el andamio del proceso continúe en procura de la sentencia que le ponga fin, aquél no realiza la actividad debida, puede éste terminar, si así lo quiere el demandado, por el modo anormal de la perención, consagrado por la ley positiva ante la necesidad de impedir que la relación procesal quede supeitada en el tiempo de su duración al arbitrio de uno de los litigantes.

Es razonable suponer que si el demandante no promueve la actuación sin la cual no es posible adelantar el proceso, es porque ya no tiene interés en su prosecución y entonces, para impedir que el demandado quede indefinidamente vinculado a un pleito del cual tácitamente ha desistido quien lo instauró, tal abandono debe ser sancionado.

Establece, en efecto, el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, que no tratándose del caso de suspensión del proceso, cuando "el expediente permanezca en la

Secretaría durante la primera instancia por seis meses, sin que el demandante promueva actuación alguna, el juez decretará la perención", sus efectos, a más de extinguir el proceso, se traducen en la imposibilidad para "que el demandante lo inicie de nuevo durante los dos años siguientes", y que si instaurada nuevamente la demanda se reconoce por segunda vez dicho abandono, el decreto de perención produce entonces no solamente la extinción del proceso sino también la del derecho material pretendido a través de él.

Pero como el abandono del proceso puede ocurrir no sólo en el primer grado de jurisdicción sino también en su segunda instancia, caso en el cual implica desistimiento tácito del recurso, el artículo 347 *ibídem* preceptúa que "el superior, a solicitud del opositor declarará ejecutoriada la providencia apelada, cuando, hallándose el negocio en la secretaría, el recurrente omite toda actuación durante seis meses".

Ninguna de estas dos normas, tampoco los preceptos que regulan el recurso de revisión, dicen expresamente que el abandono del litigante llamado a actuar en él para poner fin a un litigio se deba sancionar con los efectos de la perención. De este silencio no puede inferirse sin embargo la improcedencia de la sanción, puesto que si ésta se consagra positivamente para el recurso ordinario de apelación, con mayor razón debe admitirse que también procede en la revisión porque este recurso, dados su carácter extraordinario y su finalidad propia, constituye, pero limitada en el tiempo, una especial excepción al principio de la cosa juzgada (Casación civil, 21 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 66, 2ª, y 67, 1ª y 2ª).

168

PODER — REQUISITOS

No puede designar apoderado para interponer el recurso extraordinario de revisión, el reo que ha violado las obligaciones contraídas para obtener su libertad.

Ahora bien, una de las principales obligaciones de un imputado, es la de comparecer personalmente al proceso.

El ejercicio de la acción penal requiere la presencia de la persona inculpada, tanto en interés general de la justicia, a fin de que se puedan practicar las pruebas que exigen la asistencia del sindicado, y, sobre todo, para asegurar el sometimiento de éste a las decisiones del órgano jurisdiccional, como también del propio imputado, para que atienda a su defensa.

Es tan perentoria esta imposición, que muchas legislaciones, como de algunas provincias argentinas, no adelantan el proceso, sino que lo pasan a calidad de reservado, cuando no es posible obtener que el procesado se presente o sea capturado.

Otras, en cambio, como la nuestra, recurren a una ficción, consistente en emplazar al acusado para que se presente, y, si no lo hace, se le nombra un apoderado que lo represente y con el cual se adelanta el proceso. Es lo que se llama la "presencia legal del inculcado".

Peró de todos modos, esa presencia legal no elimina la obligatoriedad de la física, para conseguir la cual las legislaciones acuden a toda clase de medios generalmente coercitivos, como la captura, que constriñen al imputado a comparecer ante los funcionarios encargados del proceso.

Es verdad que la mayor parte de los códigos consagran la institución de la libertad provisional del inculcado, pero se trata de una medida de carácter eminentemente transitoria, sujeta, por lo tanto, a revocación, en los casos previstos por esos mismos ordenamientos que, a fin de asegurar la presencia del sindicado en la secuela del proceso, le imponen obligaciones, como la de presentarse periódicamente ante el mismo juez o ante otra autoridad, y asegurar esos deberes por medio de una caución o de otro gravamen de carácter patrimonial, con el objeto de que el temor a una pérdida económica refuerce el cumplimiento del deber de presencia.

Pero el hecho de que el procesado prefiera ese menoscabo patrimonial al de su libertad, y se niegue a estar en el proceso, no lo releva de ese compromiso.

No existe compensación entre el pago de las cauciones y el deber de presencia y no podría decirse, por lo tanto, que el indiciado queda libre de esta última carga cuando se han hecho efectivas aquellas garantías.

El latitante por fuga, por ocultamiento o por violación de las obligaciones contraídas al obtener la libertad provisional, no puede pretender que se ponga término a la ficción de su presencia legal en el proceso como reo ausente, representado por un apoderado de oficio, tratando de sustituir éste por uno designado personalmente.

Sería un verdadero contrasentido que el Estado exigiera la presencia del inculpaado y, al mismo tiempo, le permitiera actuar cuando ha violado las normas que gobiernan esa exigencia. (Sala de Casación Penal, 27 de julio de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 273, 2ª, y 274, 1ª, 2ª).

169

PORCION CONYUGAL

El cónyuge sobreviviente puede recoger, por donación, herencia o legado, más de lo que valdría la porción, imputando el exceso a la cuarta de libre disposición.

En cuanto a la objeción en su tiempo formulada, o sea la en que se decía que el cónyuge sobreviviente no puede acumular su porción conyugal a ningún otro derecho que a cualquier título tenga en la sucesión de su consorte por así disponerlo el artículo 1234, inciso 2º, del Código Civil, se tiene en cuenta:

a) El recurrente basa su objeción en la inaplicación de dicha norma legal, según la cual "se imputará por tanto a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, inclusive su mitad de gananciales, si no lo renunciara", por lo que, en su concepto, el valor de la cuarta de libre disposición que testamentariamente le asignó el difunto, debe imputarse a la porción conyugal con el objeto de determinarla en su cuantía, pues ella, en el presente caso y por cuanto concurre con hijos legítimos, no puede ser superior a una legítima rigurosa. Pero olvida el censor que el artículo 1237 de la obra en cita, que por posterior y especial debe aplicarse preferentemente (Ley 57 de 1887, Art. 5º), manda que "si el cónyuge sobreviviente hubiere de percibir en la su-

cesión del difunto, a título de donación, herencia o legado, más de lo que le corresponde a título de porción conyugal, el sobrante se imputará a la parte de los bienes de que el difunto pudo disponer a su arbitrio". En otras palabras, dicho precepto permite que, cuando el testador asigna a su cónyuge, bien por donación, herencia o legado, bienes que excedan el valor de la porción conyugal a que éste tiene derecho, ese sobrante se le paga con imputación o afectación de la cuarta de libre disposición, si así lo ordena expresamente el testador, luego en tales casos, se repite, el cónyuge sobreviviente, para estarse al evento de la censura, además de la porción conyugal, puede recibir, como lo mandó la memoria testamentaria del premuerto, la parte de que él podía disponer libremente; de lo contrario, al sobreviviente se le colocaría en inferioridad de condiciones a un extraño respecto a la asignación de la cuarta en referencia, lo que no es concebible cuando, como lo afirman los doctrinantes, "teniendo en cuenta los antecedentes de nuestra legislación, el espíritu que la informa, la expresión literal de la ley y los argumentos de autoridad, es necesario concluir que el legislador ha protegido en forma especial los derechos del cónyuge sobreviviente, y, por ende, con este criterio se deben interpretar las disposiciones pertinentes, no tan sólo en el evento de que el cónyuge supérstite opte por porción conyugal, sino también en los casos en que el cónyuge concorra como heredero" (Casación civil, noviembre 20 de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 134, 1ª y 2ª).

170

POSESION LEGAL DEL HEREDERO

La tiene desde el momento en que se le defiere la herencia.

Como una excepción al principio de que la posesión está integrada por dos elementos: uno interno, subjetivo, que es el *ánimus* y otro externo u objetivo, que es el *corpus*, la ley ha consagrado expresamente la posesión legal del heredero, quien, sin cumplir requisito alguno, sin *ánimus* o sin *corpus*, o sin ambos elementos, de pleno derecho entra a poseer la herencia, aún sin saber-

lo, desde el momento en que ella le es deferida, es decir, desde el fallecimiento del de cujus, a menos que la institución de heredero haya sido bajo condición suspensiva.

Si el heredero, pues, está en posesión de la herencia desde el momento en que se le defiere, tenga o no tenga *ánimus* en esa posesión, ora ejercite o no ejercite actos configurativos del *corpus*, síguese que, deferida la herencia, siempre está ocupándola. Cuando otra persona, con título distinto al de heredero, detenta bienes de los relictos, entonces no es ocupante de la herencia, sino de bienes determinados; su contacto no dice relación a la universalidad hereditaria, sino a cosas singulares que pueden hacer parte de ésta.

Por cuanto en el caso que se decide, los demandados tienen la calidad de herederos, pues aceptaron la herencia, lo que está debidamente demostrado, conclúyese que ellos son los que la ocupan, sin que para llegar a tal extremo sea necesario demostrar que están ocupando materialmente todos los bienes relictos.

Sobre el punto la Corte tiene sentado que "aceptar una herencia es ocuparla, en un sentido jurídico, porque es refrendar irrevocablemente la posesión que le fue dada al heredero por ministerio de la ley, desde la delación" (LXXIX, 535).

Dimana de lo anterior que en el proceso en que se ejercite la petición de herencia, probado que los demandados son herederos, es decir que han aceptado la herencia, con ello queda demostrado también que la ocupan a ese título, sin que sea menester acreditar que materialmente tienen la ocupación de todos y cada uno de los bienes relictos (Casación civil, 16 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 41, 1ª y 2ª).

171

POSESION NOTORIA

Diferentes hechos constitutivos de la de hijo legítimo y la de hijo natural. Presentación del hijo como tal. Amplitud en el análisis de la prueba.

El legislador, expresa y separadamente, ha regulado los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo legítimo y los de la de hijo natural. El artículo 397

del Código Civil refiérese a aquélla y el 6º de la Ley 45 de 1936 define ésta. Los términos en que están concebidas esas dos normas autorizan inferir, sin ningún esfuerzo, que una y otra se asemejan notoriamente, pero no de tal manera que puedan confundirse, pues existen diferencias específicas que permiten fácilmente individualizarlas.

Para la posesión notoria del estado civil de hijo legítimo, la ley exige que el trato como tal provenga de los padres, en tanto que en la de hijo natural, ese tratamiento puede ser dado por el padre o por la madre, separadamente; para la primera requiere que los progenitores hayan proveído de un modo competente a la educación y establecimiento del hijo, mientras que para la segunda sólo impera que el padre o madre haya proveído a su subsistencia, educación y establecimiento, mas sin obligar que sea de modo competente; para la de legítimo, es indispensable que los padres hayan presentado a sus deudos y amigos, como hijo legítimo, a quien tratan como tal, circunstancias que no es menester para que se consolide la posesión del hijo natural, ya que para la configuración de ésta no es necesaria tal presentación. Tanto en una como en otra posesión, empero, la ley manda demostrar que, a virtud del tratamiento dicho, sus deudos y amigos o el vecindario de su domicilio, en general, hayan reputado y reconocido como hijo legítimo o natural, a quien invoca la posesión notoria de ese estado.

Dimana de lo anterior que el legislador, conociendo la diferente actitud que, en general, asumen los padres frente a sus hijos por razón de ser legítimos o naturales, no requiera para configurar la posesión notoria de éstos, como sí lo hizo relativamente a aquéllos, que el padre o madre natural tenga también que haberlos presentado como tales a sus deudos y amigos. El legislador ha considerado que esa situación sólo puede exigirse en tratándose de hijos legítimos, seguramente con fundamento en que los padres casados entre sí, no tienen razón alguna para ocultar o disimular el vínculo que se tiene entre ellos y su progenie legítima. Mas como no sucede lo mismo cuando los padres no son cónyuges entre sí, la ley encontró gran severidad exigir esa presentación de los hijos naturales a deudos y

amigos, pues la experiencia enseña que tal presentación únicamente ocurre en contados casos, en situaciones excepcionales, prácticamente sólo cuando el progenitor ha hecho totalmente pública la existencia del vínculo paterno-filial y ha querido aceptar expresamente, aunque esa forma no sea solemne, que él es el padre natural de quien presenta como hijo.

Aunque tal forma de confesar la paternidad sobre el descendiente natural no tenga poder autónomo para generar, por reconocimiento, la condición de natural del hijo así presentado, pues las formas de reconocimiento son todas solemnes y, además, taxativas, como lo impera el artículo 1º de la Ley 75 de 1968 que en el punto subrogó el 2º de la 45 de 1936, sin embargo la ley expresamente concede importantes efectos al episodio consistente en que el padre, por actos positivos suyos, cual es el de presentar al hijo como propio, haya acogido a éste en tal calidad. Acontece así cuando la ley concede al demandado en acción de investigación de la paternidad natural, la facultad de enervar la presunción de ser el padre, acreditando la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que debió tener lugar la concepción, excepto en el caso de que, por actos positivos suyos, hubiera acogido al hijo como suyo. Encuentra la ley, entonces, tan fuerte, tan expresivo y tan persuasivo, tan indicador de paternidad el hecho de que el progenitor, por actos positivos, haya acogido al hijo como suyo, que no le permite desligarse del vínculo que tal situación crea, ni siquiera probando que no pudo ser el padre cual ocurriría en el evento de acreditar imposibilidad física para haber engendrado al demandante (inciso 3º del numeral 4º del Art. 6º de la Ley 75 de 1968).

Conduce todo lo anterior a la conclusión de que la prueba demostrativa de que quien se pretende hijo fue presentado siempre por su padre natural, como tal, a deudos, amigos y vecinos, fortifica la convicción que se deriva de que también proveyó a su subsistencia, educación y establecimiento en los términos del artículo 6º de la Ley 45 de 1936.

Y como la posesión notoria del estado de hijo natural es en muchas ocasiones el medio único que tienen los interesados para

demostrar la paternidad demandada, la jurisprudencia de la Corte ha enseñado que no puede extremarse el rigor para analizar las pruebas aportadas para acreditarla, siempre que del conjunto de ellas emerge diáfananamente, se establezca de un modo irrefragable, que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre a virtud de aquel tratamiento.

No es jurídico exigir que cada uno de los testigos se refieran siempre a actos posesorios que hayan durado por más de 5 años, pues, en el punto, basta que sumados los períodos menores a que aquéllos digan relación, el total comprenda lapso mayor y continuo de 5 años. Tampoco se exige que los testimonios fidedignos expresen explícitamente que la duración de la posesión fue mayor de 5 años, pues es suficiente que de ellos surjan datos ciertos que permitan llegar, aunque sea por la vía de la inferencia, a la conclusión de que la posesión se prolongó por más del quinquenio. Del mismo modo, no se requiere, en todos los casos, que la prueba demuestre que el demandado ha atendido a la subsistencia, a la educación y al establecimiento del hijo, pues es claro que, por ejemplo, al cumplir 6 años de edad el hijo que desde su nacimiento haya sido asistido por su padre, puede ejercitar la acción de investigación con apoyo en la existencia de hechos constitutivos de posesión notoria, aunque aún no se haya iniciado su etapa escolar y menos la de su establecimiento. Basta en el particular que el padre, según las circunstancias, no haya eludido la satisfacción de esos primordiales deberes y, antes bien, los haya prestado en la medida de sus fuerzas y dentro de las condiciones especiales que cada caso pueda ostentar, de tal manera que sirven para fundar en el ánimo del fallador la convicción sólida, como lo ha dicho la Corte, de que el vínculo unitivo de tales personas no puede ser otro que el de la paternidad o la filiación. Y sobre la notoriedad de la posesión, la doctrina jurisprudencial tiene sentado que "basta que los hechos se exterioricen ante un conjunto de personas por signos inequívocos, para que la filiación, por dejar de ser oculta, se ha-

ga notoria y prospere la inferencia de que así como ese grupo de personas tuvo al demandante como hijo de tal padre, no había secreto para todo el vecindario, aunque otros no se preocuparan de averiguarlo o de saberlo, o prefirieran ignorar todas esas cosas" (G. J., CVI, 140). (Casación civil, 26 de septiembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 76, 1ª y 2ª, y 77, 1ª y 2ª).

172

PRESCRIPCION

El Gerente General de un establecimiento público es el representante legal del mismo y que si recibió éste la notificación de la demanda, se cumplió estrictamente el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que es el aplicable al caso.

Existen dos notificaciones de la demanda inicial del juicio: la primera hecha al Gerente General en Bogotá el 11 de junio de 1958 y la segunda efectuada al Gerente Seccional de Santa Marta el 11 de enero de 1961, en virtud de la nulidad ordenada por el mismo tribunal, que consideró que la primera era insuficiente, pues "tratándose de un establecimiento público no basta la notificación al Gerente General, porque el Director, Gerente, Administrador, etc., en estos casos, junto con aquél, constituyen la parte demandada: se trata de coadyuvantes adhesivos..."

Ahora bien, si se toma la primera notificación la prescripción se interrumpió, como el propio sentenciador lo acepta; pero si se tiene en cuenta la segunda, resulta prescrita la acción, ya que "había transcurrido un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente, es decir tres años", que es la tesis adoptada por aquél.

Para la Sala no cabe duda de que la primera notificación fue válida e interrumpió la prescripción, sin que aparezca en el fallo revisado argumento alguno en cuya virtud haya de desecharse aquélla para fijarse sólo en la segunda.

Es suficiente a este respecto mirar que el Gerente General de un establecimiento público es el representante legal del mismo y que si recibió éste la notificación de la demanda, se cumplió estrictamente el artículo 151 del Código de Procedimiento La-

boral, que es el aplicable al caso, y no el 489 del Código Sustantivo del Trabajo, aplicado por el sentenciador, y que sólo tiene incidencia para los trabajadores del sector privado, por mandato de los artículos 3º y 4º del mismo estatuto.

Nótese, de otro lado, que el Tribunal no declaró nula la notificación al Gerente General, sino que ordenó extenderla también al Seccional, según resulta del proveído de 6 de diciembre de 1960 (folio 169, C. principal), en el que lo que se declaró nulo fue "lo actuado en este juicio desde el momento en que debió notificarse la demanda al señor Gerente del Instituto de Crédito Territorial, Seccional del Magdalena, o sea, antes de la audiencia de conciliación", con lo cual quedó fuera de la nulidad la notificación al Gerente General, que fue el citado al juicio por el actor, diciendo: "...demandando por la vía ordinaria laboral del trabajo al Instituto de Crédito Territorial, persona jurídica autónoma, representada por su Gerente General, en la ciudad de Bogotá, que es actualmente el doctor Antonio Garcés Sinisterra, mayor y vecino de Bogotá, D. E. ... (Fl. 9 C. principal), sin que éste, al contestar la demanda, hubiese formulado objeción en cuanto a la personería.

Es clara, pues, la infracción de las normas señaladas por el recurrente lo que llevaría a casar la sentencia de segundo grado.

Sin embargo, el cargo no prospera, porque las siguientes consideraciones, que serían las de instancia, conducen también a la absolución de la demandada, aunque por otros motivos. (Sala de Casación Laboral. Febrero 15 de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 192, 2ª y 193, 1ª).

173

PRESCRIPCION

Las acciones que emanan de las leyes sociales prescribirán en tres años que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

Aun cuando el impugnador se refiere a la infracción directa de unas normas por aplicación indebida lo que implicaría una

acusación por dos conceptos incompatibles, entiende la Sala que se refiere a la violación directa por aplicación indebida de unas normas, lo que sí es admisible.

Respecto a los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene razón el recurrente cuando afirma que ellos no son aplicables a las relaciones entre los trabajadores oficiales y la administración pública, porque el citado Código no se aplica a dichos trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º del propio estatuto laboral. Pero la violación medio de tales normas no es suficiente para la prosperidad del cargo, por cuanto el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo fue correctamente aplicado.

Dice esta norma: "Prescripción. Las acciones que emanan de las leyes sociales prescribirán en tres años que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."

Cuando al artículo transcrito dice que se interrumpirá la prescripción por un lapso igual, está disponiendo que la interrupción no es indefinida, sino por el término de tres años, vencidos los cuales, obviamente, se opera el fenómeno de la prescripción. La circunstancia de que no diga que sólo se interrumpe por una sola vez, como sí lo establece categóricamente el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo, no significa que autorice la interrupción indefinida con sólo presentar escritos al patrono sobre un derecho o prestación debidamente determinado antes del vencimiento de los tres años que han corrido desde que se produjo la interrupción. Esta conclusión no emana del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, sino todo lo contrario, pues al decir expresamente que la prescripción se interrumpe, "pero sólo por un lapso igual" está limitando en el tiempo la interrupción a tres años, término cuya ampliación no está contemplada en la misma disposición, que, se repite, contrae la interrupción solamente al lapso indicado. (Sala de Casación Laboral, febrero 8 de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 183, 1ª y 184, 2ª).

174

PRESCRIPCION

Las mismas razones que movieron a la Sala a dar aplicación analógica al Código Judicial anterior en esta materia, la obligan a hacerlo respecto del nuevo régimen, con la salvedad de que como el artículo 32 invocado del Código Procesal del Trabajo, señala dos oportunidades procesales para presentar excepciones de fondo, la contestación de la demanda y la primera audiencia de trámite, en cualquiera de ellas pueden alegarse o proponerse; pero ya no son admisibles fuera de las mismas.

El Código Procesal del Trabajo sólo trae en punto a excepciones las que dispone su artículo 32, según el cual "el demandado deberá proponer, en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, todas las excepciones que crea tener en su favor".

Establece luego que las dilatorias serán de previo pronunciamiento en la misma audiencia o una posterior, dentro de los 5 días siguientes, si fuere necesaria para que el demandante pueda contraprobar, que las perentorias serán decididas en la sentencia definitiva.

La jurisprudencia uniforme de la Sala, recogida en la sentencia de 2 de abril de 1971 que recayó sobre un proceso iniciado y decidido en instancias antes de regir el actual Código de Procedimiento Civil y que el casacionista invoca, admitió que era aplicable al caso lo dispuesto por el Código Judicial, Ley 105 de 1931, por analogía y que, en consecuencia, podía alegarse la excepción de prescripción (que no puede declararse de oficio) fuera de aquellas dos oportunidades procesales, en cualquiera de las instancias del juicio.

Pero el nuevo Código de Procedimiento Civil (Decretos 1400 y 2019 de 1970) modificó sustancialmente el régimen de las excepciones y el artículo 306 estableció: "cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda."

En consecuencia, la regulación procesal anterior, que según el artículo 341 del Código Judicial, permitía la proposición de las excepciones llamadas "perentorias" en la contestación de la demanda o el que pudieran "alegarse en cualquiera de las instancias del juicio antes de la citación para sentencia", dejó de existir para los procesos iniciados bajo la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil, que entró a regir el 1º de julio de 1971. De acuerdo con el precepto de éste arriba transcrito sólo pueden alegarse ahora las de prescripción, compensación y nulidad relativa en la contestación de la demanda.

Las mismas razones que movieron a la Sala a dar aplicación analógica al Código Judicial anterior en esta materia, la obligan a hacerlo respecto del nuevo régimen, con la salvedad de que como el artículo 32 invocado del Código Procesal del Trabajo, señala dos oportunidades procesales para presentar excepciones de fondo, la contestación de la demanda y la primera audiencia de trámite, en cualquiera de ellas pueden alegarse o proponerse, pero ya no son admisibles fuera de las mismas.

Aplicando estos principios al evento sub iudice resulta que el proceso fue iniciado el 28 de octubre de 1971, o sea, bajo la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil, y en la contestación de la demanda sólo se propusieron las excepciones de "carencia de acción" y de "inexistencia de las obligaciones que se demandan"; pero no la de prescripción. Esta, fue alegada, según lo admite el propio recurrente, en la segunda instancia ante el Tribunal Superior de Bogotá, es decir, fuera de las dos únicas oportunidades procesales anotadas que hacían posible su consideración por el sentenciador. (Sala de Casación Laboral, marzo 1º de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 218, 2ª).

175

PRESCRIPCION

(En el abuso de confianza).

Momento en que el secuestro manifiesta inequívocamente la voluntad de no restituir los bienes recibidos en calidad de secuestro.

Aclarado que el procesado fue notificado en dos ocasiones para que hiciera restitución

de los bienes que se le entregaron en la diligencia de secuestro llevada a cabo en el juicio de separación de bienes —una en 1964, y otra en 1967—, y que en ninguna de ellas dio obediencia a las órdenes impartidas por los jueces competentes, se trata de precisar ahora, para los efectos de la prescripción alegada en el cargo que se examina, en cuál de las dos oportunidades mencionadas se hizo ostensible, de su parte, en forma inequívoca la voluntad de apoderamiento de los bienes que se le confiaron judicialmente.

Es cierto que en julio de 1964 se le notificó personalmente que debía restituir los bienes del secuestro a quienes los tenían antes de esta diligencia. Pero entonces no se le señaló plazo para llevarlo a efecto. En 1967, la orden judicial de 14 de febrero, notificada por edicto fijado el 27 del mismo mes, otorgó a Gómez Aristizábal, para cumplir con la obligación impuesta, término de 15 días, vencido el cual, resulta a todas luces cierto que fue enseguida cuando se manifestó inequívoca su voluntad de no restituir los bienes recibidos, vale decir, de apropiárselos.

Como el sumario fue calificado, por segunda vez, el treinta y uno de enero de mil novecientos setenta y dos y el auto de proceder quedó ejecutoriado el 9 de junio inmediatamente siguiente, para esa fecha no había corrido aún el tiempo de seis años, indispensable en este caso concreto para que legalmente tuviese ocurrencia el fenómeno prescriptivo, tanto porque la cuantía del ilícito, de conformidad con el dictamen pericial, fue superior a los diez mil pesos, como porque no es discutible que el procesado cometió el delito abusando de las funciones de auxiliar de la justicia. Y es evidente asimismo que de la fecha de ejecutoriado el auto de proceder a la de hoy, no ha corrido siquiera un tiempo igual al mínimo señalado en el último inciso del artículo 105 del Código Penal.

Ello indica que el veintiséis de abril de 1973, fecha en la cual el Tribunal de Pereira profirió el fallo recurrido, gozaba de la plenitud de la competencia, y no simplemente de la competencia relativa para declarar prescrita la acción penal, como lo

pretenden el recurrente y el Ministerio Público (Sala de Casación Penal, 20 de noviembre de 1973).

176

PRESCRIPCION

Observa la Corte que, como lo anota la censura, el *ad quem*, no obstante que en las condenas que efectuó en el pronunciamiento que se revisa comprenden, primas de servicio, vacaciones y salarios insolutos, de una manera general indica que, desde la fecha de la terminación del contrato de trabajo —por muerte del trabajador— hasta la fecha de la notificación de la demanda no transcurrió el tiempo señalado por la ley para que operara el fenómeno prescriptivo, cuando el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo es claro cuando dispone que: “las acciones correspondientes a los derechos regulados en el Código prescriben en tres años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto”. (Se subraya).

Y es bien sabido que, las primas de servicio empiezan a prescribir al día siguiente del indicado para su pago que no es otro que el determinado por el artículo 306, del Código Sustantivo del Trabajo. Vale decir que, la del primer semestre que tiene que pagarse en el último día de junio, empieza a correr su término de prescripción el 1º de julio subsiguiente, y la del segundo semestre, que debe ser cubierta por el patrón dentro de los primeros veinte días de diciembre, corre en su término prescriptivo a partir del 21 del mismo mes.

En cuanto a vacaciones, el período de prescripción de éstas empieza a correr al vencimiento del año siguiente a la fecha en que se cumple el tiempo de servicio y se causa el derecho a exigir las, porque el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo indica al patrón que dentro del año subsiguiente debe señalar la fecha en que el trabajador pueda disfrutarlas y ellas deben ser concedidas oficiosamente o a peti-

ción del trabajador. Cuando son acumuladas lo que no puede hacerse sino mediante convención de las partes dentro de los límites establecidos por la ley, la prescripción empieza a correr al término de la acumulación.

Y en lo atinente a los salarios, éstos empiezan a prescribir al día siguiente del indicado para su pago.

Por manera que al entender de modo general el *ad quem* que la prescripción para los efectos antes indicados empieza en tales casos desde la terminación del contrato de trabajo, ciertamente le dio al artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo una interpretación contraria a sus términos claros y que no corresponde a su verdadero espíritu. (Sala de Casación Laboral. Abril 13 de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 307, 2ª, y 248, 1ª).

177

PRESCRIPCION

Si el Código de Procedimiento Civil, del que hace parte la norma sobre interrupción de la prescripción, sólo empezó a regir a partir del 1º de julio de 1971, no podía aplicarse en el presente negocio en que la demanda se presentó el 7 de noviembre de 1969, pues tal cosa equivaldría a darle efecto retroactivo.

El artículo 90 del Decreto 1400 de 1970, no es como lo sostiene el acusador norma de “interpretación auténtica o con autoridad” en los artículos 2535 y 2539 del Código Civil. El legislador extraordinario no lo expresó así y simplemente en ejercicio de las autorizaciones que le confirió la Ley 49 de 1969, expidió el Código de Procedimiento Civil y le señaló su fecha de vigencia por medio de los Decretos 1400 citado y 2019 de 1970.

El precitado artículo 90 establece una nueva regulación sobre interrupción civil de la prescripción y por eso, en forma expresa, el Decreto 1400 de 1970 del cual hace parte aquél, derogó sobre hacerla posible el artículo 2534 del Código Civil y en forma tácita, la última parte del inciso tercero del texto 2539, para reemplazarla por el 91 del mismo Código, todo lo cual indi-

ca que sólo a partir de la vigencia del Decreto 1400, la prescripción no consumada, que extingue las acciones ajenas, se interrumpe civilmente con la presentación de la demanda judicial, siempre que se cumplan los requisitos que establece el mencionado artículo 90.

Si el Código de Procedimiento Civil, del que hace parte la norma sobre interrupción de la prescripción (Art. 90), sólo empezó a regir a partir del 1º de julio de 1971, no podía aplicarse en el presente negocio en que la demanda se presentó el 7 de noviembre de 1969, pues tal cosa equivaldría a darle efecto retroactivo.

De las consideraciones hechas por el Tribunal resulta que éste, en realidad lo que hizo fue dar aplicación al artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral a una situación regida en el momento de presentarse por los artículos 2524 y 2539 del Código Civil en relación con el 489 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por tanto al aplicarse el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, interpretado por la jurisprudencia para casos como el de autos, el Tribunal no hizo una exégesis equivocada de la norma. (Sala de Casación Laboral. Marzo 15 de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 256, 2ª y 257, 1ª).

178

PRESCRIPCION ADQUISITIVA Y EXTINTIVA

El Título 41 del Libro IV del Código Civil colombiano regula el fenómeno de la prescripción, que es, al decir del artículo 2512, el modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguirse las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído aquéllas y no haberse ejercido éstos durante el tiempo determinado por la ley. La prescripción desempeña, pues, dos funciones, que si bien se cumplen simultáneamente son sin embargo diferentes: por ella se adquieren el dominio y los derechos reales (Art. 2518), mediante la posesión continuada durante cierto tiempo; y por ella también se extinguen las acciones y los derechos (Art. 2535), cuando no se ejercitan durante el transcurso de determinado lapso. La primera es llamada prescripción adquisitiva, y la segunda prescripción extintiva.

Según lo cuenta la historia legislativa de nuestro país, esta institución, hasta el año de 1928, sólo podía hacerse valer como excepción, vale decir, que al usucapiente se le daba el medio para consolidar la propiedad ganada por prescripción cuando fuera demandada por causa del bien que estaba poseyendo. Mas, como dicha situación legal resultó a la postre insuficiente para dar solución justa a los muchos problemas que surgían en torno a la propiedad, el legislador complementó el referido título del código con la expedición de otros preceptos positivos, dentro de los cuales se contaban los que integran la Ley 120 de 1928.

Por este estatuto se consagró la acción de pertenencia, o petitoria de dominio, a virtud de la cual quien tenga a su favor una prescripción adquisitiva, ordinaria o extraordinaria, está facultado para provocar la actividad de la jurisdicción a fin de que se le declare dueño del bien, o de la parte de éste que haya poseído realmente. La consagración positiva de la acción de pertenencia fue reiterada por el legislador colombiano de 1970, al establecer para ella, mediante los artículos 396 y 413 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, el trámite del proceso ordinario, con algunos ritos especiales impuestos en razón a la naturaleza propia de esta pretensión. (Casación civil, 27 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 77, 1ª y 2ª).

179

PRESTACIONES MUTUAS

El Capítulo 4º del Título 12 del Libro 2º del Código Civil colombiano contiene las disposiciones regulativas de las "prestaciones mutuas", es decir, de los recíprocos derechos y obligaciones que por razón de la reivindicación surgen para el reivindicador triunfante y para el poseedor vencido.

Según las normas que lo integran, éste debe restituir a aquél la cosa y, además, puede quedar obligado a realizar las siguientes prestaciones, cuya medida, en caso que haya lugar a ellas, depende de la buena o mala fe: indemnización de los deterioros de la cosa que provengan de hecho o de culpa suyos; restitución de los frutos; reembolso del pago de los gastos de conservación y custodia al secuestre; y final-

mente el pago de las costas procesales. Por su parte, esta ley positiva consagra en favor del poseedor vencido y a cargo del reivindicador las siguientes dos prestaciones generales: a) El abono de los gastos ordinarios que ha invertido el poseedor en la producción de los frutos, y b) El pago de las expensas y mejoras que haya hecho en la cosa.

Estas, las mejoras o expensas, se contraen a los gastos que, durante el tiempo de su posesión, el demandado vencido en el proceso pudo hacer en la cosa a fin de procurar su conservación y mejoramiento, las que por el modo de la accesión pasan a ser del dueño del bien en el cual se hacen, quien por tanto contrae la obligación de pagar al mejorador el costo respectivo a fin de evitar un enriquecimiento torticero. (Casación civil, 22 de febrero de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 45, 1ª).

180

PRESUPUESTOS PROCESALES

Su indebida apreciación es acusable en casación por la causal primera.

De acuerdo con la doctrina, ha dicho la Corte que los presupuestos procesales, entendidos como los requisitos exigidos por la ley para la regular formación del proceso, deben hallarse presentes para que el juez pueda proferir sentencia de mérito; y que su ausencia lo conduce a un fallo inhibitorio, con fuerza de cosa juzgada formal pero no material.

Como estos requisitos implican supuestos previos a un fin pretendido, se impone al fallador, dado el carácter jurídico de la relación procesal, el deber oficioso de declarar, antes de entrar a conocer y decidir sobre las prestaciones deducidas por las partes, si existen o no los presupuestos del proceso.

Cuando el sentenciador, por incorrecta interpretación de la esencia estructural de todos o de uno cualquiera de estos presupuestos previos, deduce erradamente la ausencia de uno o de algunos de ellos en el proceso y por tanto dicta sentencia inhibitoria en cambio del procedente fallo de mé-

rito; o por considerar equivocadamente que se hallan presentes profiere fallo de mérito y no la sentencia de forma que corresponde, su conducta en ambas hipótesis lo conduce a infringir la ley sustancial. En la primera, porque con ella deja de aplicar al caso del litigio el precepto o preceptos sustanciales correspondientes, debiendo haberlos aplicado; y en la segunda, porque hace actuar en el caso de la controversia que decide normas de esa estirpe que no deben aplicarse.

En tales eventos, para el restablecimiento del derecho sustancial quebrantado, es posible acusar la sentencia por la causal primera de casación, ya que la misión de la Corte, en el ámbito de ella, es la de velar por la recta inteligencia y la debida aplicación de las leyes sustanciales.

Mas, para la eficacia del recurso extraordinario en tales casos, el recurrente está en el ineludible deber de impugnar primeramente la conclusión que en torno a los presupuestos procesales sacó el fallador, demostrando que contrariamente a lo que la sentencia dice en el punto tales presupuestos se hallan presentes, o que falta uno o algunos de ellos. (Casación civil, 26 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 70, 2ª, y 71, 1ª).

181

PREVARICATO

Alcance del elemento "a sabiendas", empleado por el legislador.

Se dice en el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, por el cual se modifica el artículo 168 del Código Penal, lo siguiente en cuanto al delito de prevaricato:

"El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que a sabiendas, profiera dictamen, resolución, auto o sentencia contrarios a la ley, incurrirá en prisión de uno a cinco años.

"Si se tratare de sentencia en juicio criminal, la pena será de cuatro a ocho años de presidio.

"A la misma pena señalada en el inciso primero de este artículo quedará sometido el funcionario o empleado público o el que

transitoriamente desempeñe funciones públicas, que omita, rehuse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, por simpatía o animadversión a cualquiera interesado”.

En las formas de esta ilicitud punible, señalada en los dos primeros incisos, bien cabe el alcance que la doctrina le ha dado a este delito, como “el intento de hacer pasar como derecho algo que positivamente se sabe que no lo es”. En ellas, pues es esencial la condición subjetiva del “obrar a sabiendas”, de incurrir en violación consciente de la ley. Y lo mismo cabe predicar de las formas omisivas de la infracción, previstas en el inciso tercero del precepto transcrito.

Es obvio, entonces, que el error o la ignorancia del derecho excluyen el prevaricato.

En los anteriores conceptos se apoya la Corte para señalar lo siguiente:

“La atinada aplicación de la ley demuestra el buen criterio jurídico del juzgador, sin que ello quiera decir que hay dolo y responsabilidad en el funcionario que, en un caso semejante, la interprete en forma diferente, por error o falibilidad”.

Obrar a sabiendas es traicionar la propia conciencia; incurrir intencionalmente en discordancia entre el derecho declarado y el derecho conocido por el agente.

De ahí, igualmente, que Luis Zafra observe que tal exigencia se consagre “para descartar la posibilidad de que el agente del delito llegue a esos extremos por una mala interpretación de los textos legales, en el caso de que éstos sean oscuros o de difícil comprensión; o cuando la complejidad misma del asunto sub judice pueda perturbar el recto criterio del juzgador y llevarlo de buena fe a aplicar normas que no son las pertinentes”. (“Extractos de doctrinas de la Procuraduría General”, 1951, Pág. 141).

Es, pues, necesario que resulte, de los elementos de juicio, manifiesta intención del autor de apartarse de la ley, porque maliciosamente así se lo propuso. (Sala de Casación Penal, 9 de abril de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 451, 2ª, y 452, 1ª).

PREVARICATO

El simple error o la ignorancia del derecho excluyen el prevaricato.

Es indispensable que resulte de los elementos de juicio, manifiesta la intención del autor de apartarse de la ley porque maliciosamente así se lo ha propuesto.

Entonces, el simple error o la ignorancia del derecho excluyen el prevaricato.

De ahí que la Corte haya expresado:

“La atinada aplicación de la ley demuestra el buen criterio jurídico del juzgador, sin que ello quiera decir que hay dolo y responsabilidad en el funcionario que, en un caso semejante, la interprete en forma diferente, por error o falibilidad”.

Obrar a sabiendas es traicionar la propia conciencia; es incurrir intencionalmente en discordancia entre el derecho declarado y el derecho conocido por el agente. Por ello, el ex-Procurador Delegado en lo Penal, Luis Zafra, anota que tal exigencia se consagra “para descartar la posibilidad de que el agente del delito llegue a esos extremos por una mala interpretación de los textos legales, en el caso de que éstos sean oscuros o de difícil comprensión; o cuando la complejidad misma del asunto sub judice pueda perturbar el recto criterio del juzgador y llevarlo de buena fe a aplicar normas que no son pertinentes” (Extractos de doctrinas de la Procuraduría, 1951, Pág. 141).

Es, pues, indispensable, agrega la Corte, que resulte de los elementos de juicio manifiesta la intención del autor de apartarse de la ley porque maliciosamente así se lo ha propuesto. (Sala de Casación Penal, 9 de julio de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 271, 2ª, y 272, 1ª).

PRIMA DE NAVIDAD

Las entidades descentralizadas deben pagar a sus trabajadores oficiales no sólo las primas de servicio establecidas, sino las de Navidad.

En lo atinente a la prima de Navidad, si bien es cierto que ella no fue cubierta específicamente por el Instituto y acerca de la que el Tribunal condenó a su pago en la cantidad de \$ 7.711.66, es aceptable, como lo admitió el ad quem, que el Instituto mencionado no se creyó con mala fe obligado a cubrirla en consideración a que las relaciones laborales con sus trabajadores eran jurídicamente de otra índole, y de que habida cuenta del régimen contractual y convencional, ese Instituto pagaba a sus trabajadores como prima de servicios un mes de sueldo cada seis meses.

Ciertamente sobre el particular la jurisprudencia vino a despejar la duda de algunas entidades descentralizadas, acerca de que debían pagar a sus trabajadores oficiales no sólo las primas de servicios establecidas sino la de Navidad, estatuida para todos los trabajadores de esa naturaleza, porque las ordinarias y extra legales no excluían esta última. (Sala de Casación Laboral. Junio 22 de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 270, 2ª, y 271, 2ª).

184

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION

La Corte, por providencia de 17 de agosto de 1973, no admite el recurso de casación interpuesto contra el fallo inhibitorio que dictó, el 23 de junio de 1973, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el ordinario de trabajo promovido por Luis Alvaro Navarrete Forero contra la Caja de Compensación Familiar "Zona Industrial" (Indufamiliar).

El recurso de casación laboral procede, según el artículo 59 del Decreto-ley 528 de 1964; vigente para el asunto en examen, contra las sentencias pronunciadas en segunda instancia en juicios ordinarios por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial —como el fallador de autos— de cuantía, en su interés, de \$ 50.000.00, como la tiene el de la parte que lo interpuso. (Art. 15, Ley 16 de 1968).

Conforme al artículo 302-2 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al efecto, "son sentencias las que deciden sobre las pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas..."

La providencia que se califica del Tribunal de Bogotá, aunque revocó la sentencia del primer grado, no decidió ninguna de las pretensiones de la demanda, ni excepción alguna sobre el fondo de las acciones. Así aparece tanto del contenido del acto del ad quem como de sus expresiones acerca de que se inhibía de pronunciarse sobre las pretensiones formuladas y de que ello obedecía a su indebida acumulación, hecho que la legislación procesal contempla como excepción previa. En otras palabras, el fallador no resolvió las peticiones del demandante, revocando, además, lo dispuesto por el a quo, con todo lo cual no existe pronunciamiento de mérito, están sin definir las pretensiones, por aquel defecto procesal. El fallo recurrido es claramente inhibitorio, no resuelve la controversia y no es susceptible del remedio de casación.

Mas el Tribunal entendió lo contrario, en razón de la sentencia que citó de la Corte. Sin embargo, ésta contempló asunto muy diferente, pues ante fallo que resolvió un litigio respecto de uno de los demandados y se inhibió en relación con el otro por falta de agotamiento de la vía gubernativa estimó procedente el recurso, como en verdad lo era debido a aquel pronunciamiento de fondo y no admitió una limitación que señaló el ad quem en ese caso, por las modalidades de éste y para no parcelar el recurso y porque realmente al fallador de instancia no le correspondía establecer esa limitación; pero aquí se trata de providencia totalmente inhibitoria que deja sin definición de instancia las pretensiones de la litis y no puede la Corte conocer de ellas en casación ni admitir siquiera un recurso que sólo procede respecto de pronunciamientos de fondo. Así habrá de resolverse. (Sala de Casación Laboral. Agosto 17 de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 441, 2ª, y 442, 1ª).

185

PRUEBA DE LA SIMULACION INTER PARTES

Restricción de la prueba testifical.

Sucede, que como el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, a cambio del principio de la tarifa legal de pruebas, que en

lo referente a la valoración de éstas era el dominante en el estatuto procesal anterior, consagró como regla general el sistema de la persuasión racional, conforme al cual corresponde al fallador ponderar razonadamente el mérito de los distintos medios, sin estar sometido a reglas abstractas preestablecidas por el legislador, la teoría de la restricción de la prueba de la simulación inter partes reclama una revisión, puesto que a la sustancial modificación normativa así operada debe sobrevenir el correspondiente cambio de la doctrina jurisprudencial en el punto.

En el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, tratándose de contratos solemnes, la prohibición de probarlos con testigos sigue siendo absoluta: en ellos la prueba *ad solemnitatem* no puede suplirse por el testimonio, ni por la confesión, ni por otro medio de prueba.

En efecto: concretamente, en relación con la prohibición de la prueba testifical, establece el artículo 232 de dicho estatuto, que "la prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato"; y agrega el artículo 265 de esa codificación, que "la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y se mirarán como no celebrados aun cuando se prometá reducirlos a instrumento público".

Lo cual quiere decir que en el estatuto procedimental que hoy rige en el país se conservó la prohibición de la prueba testimonial por razón de la naturaleza solemne del acto jurídico, puesto que en él es la ley la que exige un medio de prueba solemne, sin cuya observancia el acto no nace a la vida del derecho.

Sin embargo, y por tratarse en tales supuestos de circunstancias que ordinariamente no constan por escrito, el testimonio es hoy idóneo, como también lo fue antes, para probar ciertos hechos relacionados con el contrato solemne, como ocurre con los vicios del consentimiento que pueden haber existido en el contrato, con la ilicitud de su causa o de su objeto, o con la falsedad del contrato solemne.

Mas, como el artículo 187 del actual Código de Procedimiento Civil establece que

"las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos" es forzoso aceptar que con la adopción del sistema de la persuasión racional, desaparecieron las restricciones que a la conducencia de la prueba testimonial establecía la legislación anterior, en lo referente al valor de la obligación por probar y a las posteriores reforma o adición de documentos; conservándose únicamente para los eventos en que la ley exija prueba *ad solemnitatem*, pues en éstos el escrito se requiere como elemento de la esencia del acto y no como elemento *ad probationem*.

Además, como mediante el artículo 698 del Código citado quedaron expresamente derogados los textos 1767 del Código Civil, 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, que consagraban limitaciones a la prueba testimonial por razón del valor de la obligación o para acreditar condiciones o cláusulas que en el documento no aparecían, es erróneo continuar hoy predicando la ineficacia de los testimonios para probar contra lo dicho en documentos públicos y privados.

Fluye de lo anterior la consecuencia de que, cuando a pesar de expresarse en el documento la causa del acto o contrato, una de las partes alega que ésta no existe o que es otra, en lo cual se concreta la acción de simulación, puede acudir a la prueba de testigos, o a la de indicios fundadas en aquéllos, y en forma general a todos los medios que le permitan llevar al convencimiento del juzgador la verdadera y real voluntad de los contratantes, para que éste la haga prevalecer sobre la externa que ostenta el acto público. Al simulante se le deben admitir las pruebas de testigos y de indicios, pues de no ser así, de tener él que exhibir únicamente la contraescritura, o la confesión, o el principio de prueba emanado de la otra parte, se le colocaría dentro de la regla consistente en lo que el escrito prevalece sobre el testimonio oral, la que, como ha quedado visto, a la luz de la nueva ley probatoria ha perdido en principio su vigencia (Cas. civil, 25 de sep. de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 66, 1ª y 2ª, y 67, 1ª).

186

PRUEBA INDICIARIA

Manera correcta de hacer su valoración.

El actor, aplicando un criterio eminentemente subjetivo, entra a considerar aisladamente los indicios de incriminación contra su poderdante, tenidos en cuenta por el Tribunal sentenciador, para llegar a la conclusión de que no constituyen la prueba necesaria para fundamentar la condena. Pero ese sistema de análisis aislado no puede aceptarse. Cuando son varios los indicios que realmente militan como demostrativos del ilícito o de la responsabilidad, no deben tomarse aisladamente sino en su conjunto, para sacar las conclusiones de rigor. Sobre este particular, ha dicho la Corte:

"Cuando cada uno de los hechos considerados como indicios carecen en absoluto de todo valor demostrativo o no guardan verdadera relación con el hecho incriminado, es claro que por numerosos que se supongan esos llamados indicios, en realidad no lo son; y el valor de ellos sería nulo porque la suma de muchos ceros no pasará de cero. Pero tampoco sería lógico considerar absolutamente aislado cada uno de los hechos-indicios, con total independencia de los otros, pues en esta clase de pruebas el conocimiento del hecho que se trata de demostrar no podría obtenerse sino por la coordinación de los indicios entre sí y por la relación entre el conjunto de ellos y el hecho cuya existencia puedan ellos probar, ya que la convergencia de los diferentes indicios sobre un mismo punto no puede atribuirse comúnmente a la causalidad. De que esos indicios sean pruebas incompletas no se deduce que carezcan en absoluto de todo valor, pues la misma ley reconoce que pueden dos o más pruebas incompletas ser plena prueba, si reúnen determinados requisitos (C. de P. P., Art. 206)". (Hoy Art. 218. Casación 30-X-44. "Gaceta Judicial", T. LVIII, Pág. 330).

La anterior doctrina de la Corporación fue expresamente trasladada a la ley, cuando ésta dispuso: "Apreciación de las pruebas". Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solem-

nidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba". (C. de P. C., Art. 187). Esa norma es de aplicación en el proceso penal, en fuerza de lo dispuesto en la 8ª del estatuto respectivo. (Sala de Casación Penal. Bogotá, 15 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 426, 1ª).

187

PRUEBA PERICIAL

Sólo puede reconocerse valor de plena prueba al dictamen proveniente de verdaderos expertos, emitido sobre el caso concreto, razonado, objetivo, uniforme, sin reticencias ni vicios.

1. La prueba pericial no surge de los expertos sino de hechos que figuran en el proceso y sobre los cuales deben éstos practicar los exámenes y reconocimientos ordenados por el juez, a fin de dar un concepto respaldado tanto por su autoridad en determinada materia, como por el modo empleado para el análisis de los datos que se le suministran. Muy escaso aporte sería el del científico, técnico o artista, suficientemente aprestigiado en el ejercicio de sus actividades respectivas, si dejara sin razonar las conclusiones, o al menos sin indicar los medios que le llevaron a adoptarlas. En el dictamen pericial deben buscar los jueces estos derroteros para resolver si lo acogen, rechazan o le dan valor parcial o completo. En otra forma se desobedece el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, que impone el deber de "expresar clara y precisamente las razones en que fundan su decisión", máxime si en una providencia de fondo se le concede mérito suficiente para dar por establecido el cuerpo del delito.

2. Es cosa común como inconveniente e ilegal limitarse a impartirle aprobación a la pericia, en sintética fórmula rutinaria, o desecharla de la misma manera. Cualquiera que sea la oportunidad para apreciarla, es indispensable que se cumpla el imperativo mandato de la norma procesal.

Esta no pide argumentos profundos, ni disertaciones eruditas, ni variedad de consultas, sino claridad y precisión en el razonamiento tendiente a cualquiera de las soluciones, es decir, pide un esfuerzo mínimo a fin de que se entienda bien el criterio favorable o desfavorable a la peritación. Sin embargo, esta exigencia elemental no se cumple sino en los contados casos en que se formulan objeciones por quienes intervienen en el proceso. La obligación de explicar los motivos del acogimiento o rechazo, no puede excusarse de ninguna manera y se extiende al instructor y al funcionario del conocimiento, pues, el perito interviene en cualquiera de las etapas procesales, en cuanto se requieran sus conocimientos y experiencia como auxilio de la administración de justicia.

3. Sólo puede reconocerse valor de plena prueba al dictamen proveniente de verdaderos expertos, emitido sobre el caso concreto, razonado, objetivo, uniforme, sin reticencias ni vacíos, seguro en la verificación de los medios que lo fundan y perfectamente definido en las consideraciones y en la resolución de los puntos que han sido propuestos por el juez. En cualquiera otra situación, el dictamen es prueba incompleta, que necesita otra u otras, en las condiciones del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

4. Tratándose de falsedad es indispensable que los peritos expongan, cuando haya mediado cotejo de letras o de cualquiera otra clase de signos, qué documentos reputados legítimos o genuinos tuvieron en cuenta para hacer la confrontación, y cuáles las diferencias entre los primeros y los que se reputan fingidos. En lo que se relaciona con títulos, como los redargüidos de falsos en este proceso, es preciso que la confrontación se verifique con papeles representativos del mismo valor, la misma fecha de emisión y la misma entidad emisora, pues generalmente las especies cambian según su cuantía, el tiempo y el otorgante o responsable del pago.

5. Si se hubieran practicado dictámenes simultáneos o sucesivos sobre una misma cuestión, deben apreciarse conjuntamente, exceptuando los casos en que prospere objeción por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, según el inciso 2º del ar-

tículo 241 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 277 del estatuto procesal penal. Y en todo caso debe el juzgador tener en cuenta la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos expuestos por los peritos, lo mismo que la competencia de éstos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso, satisfaciendo así exigencias científicas que aparecen acogidas en el inciso 1º de la disposición primeiramente citada.

Estos son criterios de orientación para los jueces de las distintas especialidades y contribuyen a entender mejor las previsiones del artículo 278 del Código de Procedimiento Penal. (Sala de Casación Penal. 27 de noviembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 211, 1ª y 2ª, 212, 1ª).

188

PRUEBA TESTIMONIAL

Autonomía del fallador de instancia para su apreciación.

Ha sido doctrina constante de esta Corporación la de que el fallador goza de discreta autonomía para apreciar la prueba testimonial y, por consiguiente, para formar su convicción en cada caso, apoyándola en ella o en la combinación de ésta con otro u otros de los medios de prueba producidos en el proceso; y que, ante esta facultad de apreciación, no corresponde a la Corte pronunciar nuevas o distintas conclusiones sino cuando la estimación del sentenciador de instancia resulta evidentemente contraria a la naturaleza y realidad misma de los hechos que las pruebas demuestran.

Y ha dicho también que el impugnante puede tener un criterio de apreciación distinto del aplicado por el Tribunal, pero que mientras éste no degenera ostensiblemente en arbitrariedad, no puede casarse el fallo para proferir otro de diferente contenido, simplemente porque aquél, al ensayar un análisis sutil y más severo de la prueba, no esté de acuerdo con el modo como el juez aprecia los hechos (Casación civil, 29 de octubre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 102, 2ª).

189

PRUEBAS

Dictamen pericial, su valor probatorio.

El censor asegura la ninguna validez del dictamen pericial que aparece a folios 146 del expediente, porque el perito grafólogo designado por el funcionario competente para que practicara la confrontación de las caligrafías de la procesada y de la presunta giradora, y precisara cuál de las dos hizo materialmente el endoso que figura en el instrumento negociable, objeto de falsedad, carece de los conocimientos indispensables, hasta el extremo de haber aceptado realizar las confrontaciones no sobre documentos originales sino sobre fotocopias, circunstancia que impide, aún al más entendido en la materia, llegar a conclusiones meritorias.

Por su parte el Tribunal cita autores connotados que sostienen posible dictaminar con éxito sobre fotocopias, y recuerda que no es el íntimo convencimiento sino "la sana crítica" el sistema que permite en el proceso penal evaluar la prueba, "cuyas reglas no son otras que los principios de la lógica y de las ciencias, las enseñanzas de la sicología práctica y los juicios de la vida social".

Quien argumenta en contra de lo afirmado por el perito, no ha de quedarse en el plano de las hipótesis o de las meras suposiciones, sino que, por el contrario, probará satisfactoriamente por qué modo el perito falta a la verdad en sus conclusiones o éstas contradicen los postulados de la lógica o se muestran abiertamente contrarias a la realidad procesal. Ni sobra advertir que el impugnador debe censurar el contenido mismo del dictamen pericial, más que la calidad del perito.

Todo en el expediente indica que el sentenciador llegó al grado de convencimiento racional acerca de la responsabilidad de la inculpada, no solamente al través de la prueba grafológica encomendada a los técnicos del Servicio Administrativo de Seguridad, pero también tomando en consideración otros indicios, que, sumados, sustentan la conclusión de la sentencia. No es cierto como lo afirma el recurrente, que la prueba grafológica se hubiera decretado

con conocimiento de las normas que le son propias, pues que también se le dieron al perito muy precisas indicaciones sobre la misión que habría de cumplir y se le suministraron oportunamente, como ya se dijo, las caligrafías de la procesada y de la presunta giradora. Sobre éstas realizó el funcionario la prueba que el recurrente supone deficiente, pero sin avanzar a la demostración de su aserto, que, por lo mismo, queda como una afirmación sin sustento, que no abona la censura. El cargo no prospera. (Sala de Casación Penal, 26 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 431, 2ª, y 432, 1ª).

190

PRUEBAS

Error en la valoración probatoria, forma correcta para proponerlo en casación.

Se dijo ya al examinar el cargo primero que el Tribunal Superior de Cúcuta fundó la providencia recurrida en una pluralidad de pruebas que, sumadas, formaron su convencimiento. De este conjunto probatorio hacen parte los testimonios tachados por el recurrente porque "en su apreciación el juzgador no observó las normas reguladoras de la prueba" que, para el caso, no son otras sino los artículos 236, 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal, que se violaron —dice el recurrente— porque se dio a los testimonios el valor de plena prueba, sin que se hubiese apreciado razonablemente su credibilidad, —teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio— ni las condiciones personales y sociales de los testigos, ni las del objeto a que se refiere ese testimonio, ni las circunstancias en que fue percibido y, en general, las prescripciones contenidas en el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal.

Todo parece indicar que el recurrente fundamenta la censura en el apartado segundo del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, —error de derecho en la apreciación de la prueba—. No cita norma sustancial ninguna del Código Penal, que hubiera sido violada

por el sentenciador, como consecuencia de las infracciones de las normas reguladoras de la prueba testimonial. Pero es más: el recurrente no ensaya siquiera demostrar en qué forma violó el sentenciador dichas normas procedimentales, que comenta, es cierto, teóricamente, pero sin derivar para el caso concreto, consecuencia ninguna favorable a sus propósitos, pues no basta recordar las formas que debe revestir la prueba testimonial y las condiciones que deben ostentar inexcusablemente los testigos, sino que el recurrente ha de probar concretamente cómo en el caso que controvierte se omitieron por el sentenciador, violándolas, dichas prescripciones.

Con la sola excepción del error de hecho manifiesto, ninguna otra clase de error de hecho tiene relevancia jurídica en casación, salvo que provenga de un error de derecho: porque el sentenciador hubiese otorgado valor probatorio a determinada prueba con menosprecio de las normas que la disciplinan, o un alcance más allá del que le ha sido asignado expresamente por el legislador, o con demérito del que por este concepto le corresponde.

No basta al impugnante en el caso concreto a que se contrae el cargo que se examina citar los artículos del Código de Procedimiento Penal que disciplinan la prueba por testigos y afirmar seguidamente que el sentenciador incurrió en violación sustancial de los mismos, cuando asignó a la prueba testimonial el valor de plena prueba de la responsabilidad de la procesada, sino que debe demostrar por qué modo el sentenciador, en el caso controvertido, infringió las normas por él señaladas, sin omitir por su parte el señalamiento de las normas que definen y sancionan los delitos imputados a la sindicada, indicando la forma de su infracción, si por falta de aplicación o por aplicación indebida, pues la "interpretación errónea" de la ley sustancial, como vicio de la sentencia, es independiente del error que eventualmente hubiere cometido el sentenciador en el establecimiento de las pruebas o al señalar su mérito.

Ni alega el recurrente en el presente caso que el sentenciador al apreciar la prueba de testigos hubiese omitido observar las normas que la disciplinan, y es improceden-

te cuando afirma sobre el mérito que el Tribunal concedió a los testimonios puesto que en su apreciación el juez no está sometido a tarifa legal ninguna que el legislador no asigna a la prueba testimonial, por lo cual, fijar su alcance, corresponde a los jueces del conocimiento, sin más que ceñirse a las normas de la sana crítica, siempre que, por lo demás, se den cumplidos procesalmente los requisitos formales de su asunción. (Sala de Casación Penal, 26 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 432, 1ª y 2ª).

191

PRUEBAS

La crítica al acervo probatorio debe hacerse en su totalidad.

Que no es de recibo tampoco en casación ni en derecho probatorio tomar aisladamente cada uno de los elementos de convicción que sumados conforman el juicio de certeza con que finaliza la sentencia y examinarlos separadamente, como valores autónomos, sin ninguna concatenación entre sí ni con el conjunto del cual forman parte y concluir que, así separadamente, ninguno de ellos sustenta, por sí mismo, la totalidad del raciocinio final del juzgador.

Lo anterior, sin perjuicio de que uno cualquiera de los medios probatorios se ofrezca por tal modo claro y conclusivo y por sí mismo convincente, que haga inútil confrontarlo, o yuxtaponerlo a otros.

Cuando esta no es la hipótesis sostenida por el sentenciador que, contrariamente, deriva su convicción racional de un número plural de pruebas y consecuentemente advierte que sus conclusiones son el resultado de un conjunto concatenado de juicios, el recurrente, si ha de tener éxito en la censura, deberá demostrar cómo el raciocinio judicial no merece confianza, porque sus argumentos sumados ofrecen un resultado manifiestamente contrario al deducido por el juzgador, o porque a dicha conclusión llegó el sentenciador asignando a las pruebas en conjunto o separadamente un valor probatorio no autorizado legalmente.

Quizás no sea excesivo agregar que cuando el legislador no asigna determinado valor probatorio a un medio de convicción judicial, ésta, la convicción del juez, es intocable en casación, sin más que se ajuste a las normas de la sana crítica, y, en su forma, a los requerimientos procesales de inexcusable cumplimiento.

Se deduce de lo dicho que el recurrente no es libre de cuestionar a su talante el acervo probatorio, sino por los motivos específicos tasados por el legislador: porque la sentencia dé como probados hechos palmariamente inexistentes o niegue la evidencia de los que sí constan en el informativo, o porque reconociéndoles su validez probatoria, les otorgue mérito más allá del permitido legalmente o los tenga en menos del valor que les asigna el legislador. (Sala de Casación Penal, 26 de marzo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 433, 2ª, y 434, 1ª y 2ª).

R

192

REAJUSTE DE LAS PENSIONES DE JUBILACION E INVALIDEZ

El reajuste, por tanto, de las pensiones de jubilación o invalidez extralegales, ordenado por la Ley 7ª de 1967 debe hacerse desde cuando el jubilado adquirió el derecho a la pensión legal por haber reunido los requisitos señalados en la disposición respectiva, como lo entendió el ad quem correctamente.

El sentenciador tomó en sentido estricto el adjetivo "legales" con que el artículo en comento califica las pensiones de jubilación e invalidez que deben reajustarse, excluyendo de ellas las originadas en un acto voluntario del patrono por convenciones, pactos, reglamentos internos o estatutos. Esa distinción entre prestaciones legales y voluntarias, llamadas también extralegales, convencionales, reglamentarias o estatutarias, según el acto que les dé nacimiento, es innegable, pues la que no está consagrada inmediatamente por la ley, sino por alguno de esos actos, obviamente no es legal, sino extralegal.

Es el origen de la prestación (la ley o la voluntad de las partes) lo que las diferencia, no su obligatoriedad, como lo pretende el casacionista cuando afirma: "Lo cierto es que desde que el demandante comenzó a recibir su pensión de jubilación de las demandadas, tal prestación se hizo obligatoria para las mismas y perfectamente calificable con el atributo de legal". Las obligaciones se clasifican por su fuente y las que surgen inmediatamente de la ley son las legales, así como son contractuales o convencionales las que, del mismo modo inmediato, nacen de la convención o el contrato, pues en forma remota o mediata, toda obligación tiene su fundamento en la normatividad jurídica.

Y en el caso a estudio, al determinar el artículo 1º de la Ley 7ª de 1967 que son "las pensiones legales (subraya la Sala) de invalidez o jubilación" las que deben reajustarse, excluye las que tienen por fuente convenciones, pactos, reglamentos o contratos de trabajo. Por lo tanto, esta interpretación del juzgador en la sentencia acusada no contiene el error que el recurrente le señala.

Dedúcese de aquí que también es cierta la conclusión del mismo fallo cuando asienta que la pensión del actor no fue legal, sino convencional, ya que se le otorgó cuando aún no tenía los 55 años de edad, según lo previsto en el Reglamento Interno de Trabajo de la Empresa, y que se tornó en legal al arribar a la edad dicha, porque fue entonces cuando se cumplieron los dos requisitos señalados inmediatamente en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo para tener derecho (sin convención, ni pacto, ni reglamento) a la pensión mencionada.

La interpretación indicada encuentra plena corroboración en la sentencia de esta Sala de 13 de julio de 1970 (Pablo Arango Londoño contra el Banco Central Hipotecario, G. J. N° 2330, 31, 32), que al interpretar el artículo 1º de la Ley 77 de 1969, cuyo texto no empleó el calificativo de "legal" de las pensiones por reajustar, sino que se refirió en general a "las pensiones de jubilación oficiales, semioficiales y particulares", expuso: "No hace esta regla distinción entre pensiones legales y extralegales, sino que explícitamente se refiere a las

que se hayan causado con anterioridad a la vigencia de la ley; proposición, la transcrita entre comillas, que claramente comprende todas las causadas (el subrayado es de la sentencia) antes del 1º de enero de 1960, sin consideración al origen del respectivo derecho. El concepto de causación del derecho es equivalente al de adquisición o consumación del mismo en cabeza del acreedor de la respectiva prestación, y el derecho a ésta se consume o adquiere en los casos en que emana de un acto distinto de la ley, por el monto en la cuantía acordada entre las partes o convenida por el patrono... El concepto de pensión causada comprende así, no solamente la adquirida con sujeción a la tarifa legal mínima, sino también la consumada en virtud de obligaciones contraídas por el patrono en ejercicio de su libertad contractual".

Por consiguiente, y a contrario sensu, si el artículo 1º de la Ley 7ª de 1967 sí se refirió expresamente "a las pensiones legales de jubilación o invalidez", no comprendió las convencionales o reglamentarias, pues si cuando el legislador no distingue (como en el evento de la jurisprudencia citada) no es dable distinguir al que aplica o interpreta la ley, cuando con claridad se refiere a una situación determinada, tampoco es dable al sentenciador extenderla a eventos jurídicos distintos.

El reajuste, por tanto, de las pensiones de jubilación o invalidez extralegales, ordenado por la Ley 7ª de 1967 debe hacerse desde cuando el jubilado adquirió el derecho a la pensión legal por haber reunido los requisitos señalados en la disposición respectiva, como lo entendió el ad quem correctamente. (Sala de Casación Laboral. Abril 12 de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 301, 2ª, y 302, 1ª).

193

RECURSO DE CASACION

Cómo se interpone.

Es cierto que el artículo 574 del Código de Procedimiento Penal señala que el re-

curso de casación habrá de interponerse "por medio de memorial dirigido al Tribunal que haya dictado la sentencia recurrida". Pero estima la Corte que ello cabe ser exigido sólo cuando al momento de la notificación a las partes dicho recurso no fue propuesto de manera verbal, y esto último ocurrió en este proceso.

En el Código de Procedimiento Civil, cuyos preceptos son compatibles con las normas del trámite procedimental en el orden penal, se dice que el recurso de casación puede interponerse "en el acto de la notificación personal de la sentencia, o por escrito presentado ante el Tribunal dentro de los diez días siguientes al de la notificación de aquélla..." Lo anterior debe ser tomado en cuenta para dar igual alcance al derecho de las partes para interponer, en el proceso penal, dicho recurso de casación. Y tanto más, cuanto que ha sido constante doctrina de la Corte aceptar el que se interponga verbalmente al momento de la notificación de la sentencia.

Es fundado, pues, el recurso de hecho. (Sala de Casación Penal, 10 de mayo de 1973).

194

RECURSO DE REVISION

Constituye un proceso nuevo.

Por cuanto el llamado recurso de revisión se ha establecido como remedio extraordinario para conseguir la anulación de una sentencia ejecutoriada, la que por tanto presupone la total extinción de la acción en que tal providencia se profirió, algunos doctrinantes han sostenido la tesis de que la revisión constituye un proceso nuevo, a través del cual se controvierte una pretensión impugnativa cuya base fáctica es bien diferente a la que se trató en el proceso anterior, y no un verdadero recurso.

Tesis ésta que es sustentable en el derecho colombiano; no sólo porque la revisión tiene dentro de él la misma finalidad, sino también porque para proveer sobre la pretensión impugnatoria deducida en este recurso extraordinario es menester realizar

previamente una serie concatenada de actos, que es lo que caracteriza al proceso.

Así, según las normas que hoy regulan el trámite de la revisión, este recurso debe interponerse mediante una demanda, la que, entre otros requisitos de forma, tiene que indicar el nombre de la persona o personas "que fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia" cuya revisión se pide; dicho libelo debe admitirse, para luego correrlo en traslado al demandado o demandados; posteriormente procede la concesión de un término para practicar las pruebas que justifique los hechos invocados por los litigantes; se otorga después a éstos un término para que aleguen de conclusión; y, finalmente, se pronuncia la correspondiente sentencia (Arts. 379 a 385 del C. de P. C.). (Casación civil, 11 de mayo de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 91, 1ª y 2ª).

195

RECURSO DE REVISION

No es un nuevo camino para corregir errores del proceso primitivo.

La seguridad, principio que se tutela garantizando la firmeza de los fallos contra los que no cabe ya recurso alguno, por razones de orden ético debe ceder, entre otros, en el extremo caso de que se encuentre, después del pronunciamiento de la sentencia, documento que habría variado necesariamente la decisión contenida en ella, y siempre que el recurrente, por fuerza mayor o caso fortuito, no haya podido aportar al proceso ese medio de prueba, o que esa imposibilidad haya surgido por obra de la parte contraria.

No es, pues, este recurso extraordinario un nuevo camino que la ley permita transitar para lograr la corrección de errores probatorios. Sus puertas no se abren para que quien omitió, por incuria o ignorancia, el aporte de una determinada prueba, pueda hacerlo después, desde luego que con ello claramente se atentaría, y de manera mortal, contra la autoridad de que deben estar revestidas las sentencias en firme, que las hace inatacables, y ninguna solidez tendría la presunción de verdad que las cobija. Si toda sentencia pudiera ser impugna-

da por esta vía extraordinaria del recurso de revisión, siempre que, después de pronunciada, se encontrase prueba documental que sirviera para fundar una decisión diferente de la impugnada, entonces desaparecería el principio de la cosa juzgada, lo que se traduciría en inseguridad jurídica notoria. Tal la razón para que el legislador, tratándose de la causal primera, haya limitado la invocación del recurso a los eventos en que el recurrente no pudo aportar esa prueba instrumental "por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria". Si el documento no se adjuntó porque simplemente no se había averiguado dónde reposaba, o porque no se pidió su aporte en ninguna de las oportunidades que la ley señala para que pueda valorarse su mérito de persuasión, entonces el hecho de que, con posterioridad al fallo, se encuentre un documento que hubiera podido hacer variar la decisión combatida, no es suficiente para sustentar el recurso extraordinario de revisión. Si el recurrente no demuestra, pues a él le corresponde la carga de ello, que fue el caso fortuito o la obra de su adversario lo que impidió aportar la prueba documental al proceso, inexorablemente está llamado a fracasar. (Casación civil, noviembre 20 de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 141, 1ª y 2ª).

196

RECURSO DE REVISION

Requisitos de la causal primera.

Para que la causal primera de revisión se configure, pues, menester es probar:

a) Que el recurrente encontró, después de pronunciada la sentencia que es materia de revisión, una prueba de linaje documental, no de otro;

b) Que el documento, per se, revista un poder tal de convicción que si él hubiera obrado en el proceso, la decisión hubiera sido diferente a la recurrida, y

c) Que "por fuerza mayor o caso fortuito" o por obra del contrincante se hizo imposible el aporte de esa prueba documental.

Dimana de lo anterior que aunque la parte vencida, después del pronunciamiento de la sentencia, encuentre documento que habría variado aquella decisión, si no

demuestra que su aducción al proceso no pudo hacerse por fuerza mayor o por obra de su contraparte, perderá el recurso extraordinario, pues la primera causal contemplada por el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, no sirve, como antes se dijo, para mejorar la prueba en cualquier evento, sino solamente en los casos señalados expresamente allí. (Casación civil, noviembre 20 de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 142, 1ª).

197

REFORMA DEL TESTAMENTO

Acción que no se concede al legitimario simplemente preterido.

Los legitimarios, entre quienes se cuenta el hijo natural, gozan del favor de la ley en cuanto que ésta les tutela el derecho a suceder a sus causantes en un mínimo de los bienes de éstos, llamado legítima la cual es aquella cuota de los bienes del difunto que la ley les asigna. Ahora bien, como la legítima es una asignación forzosa, el testador está obligado a hacerla, pues, de lo contrario, se suple aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

El medio que el legislador otorga al legitimario a quien el testador le ha recortado su legítima, en todo o parte, es la acción de reforma del testamento, consagrada en el artículo 1274 del Código Civil. Pero para la prosperidad de tal acción, el legitimario tiene que demostrar que el testamento cuya reforma se demanda, le causa un agravio por menoscabarle el derecho que tiene a recibir íntegra su legítima rigurosa o la efectiva en su caso. No le basta pues al demandante acreditar, que el testamento no lo menciona, que fue omitido entre los herederos, por la razón potísima de que, según lo dispone el artículo 1276 del Código Civil el haber sido pasado en silencio un legitimario, deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima. (Casación civil, 16 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 40, 2ª, 41, 1ª).

198

REFORMATIO IN PEJUS

Cuándo tiene o cuándo no tiene operancia. La Corte reitera su doctrina sentada en

providencias de 21 de agosto de 1973 y 27 de septiembre de 1972.

“1º La Sala reafirma una vez más la doctrina que expuso la sentencia de 27 de noviembre de 1972 (casación de Salomón Meza y Santiago Muñoz), según la cual la competencia del juez de segundo grado, originada por apelación del procesado o de su patrono judicial, lo faculta para revisar la providencia del inferior limitadamente al examen de los agravios que el acto impugnado hubiera podido causar al apelante, expresa o tácitamente comprendidos en el recurso, es decir, no da atribución al superior para hacer enmiendas perjudiciales, por contener mayores cargas para el recurrente, o sea que también el proceso penal está regido por el principio de la prohibición de la ‘reformatio in pejus’.

“2º Esta tesis tiene plena validez cuando la competencia del ‘ad quem’ dimana por modo exclusivo del acto voluntario de la apelación del inculcado, como se advirtió en el referido fallo. No tiene operancia, por consiguiente, en el evento de apelaciones concurrentes de las distintas partes ligadas al proceso, ni cuando se trata de providencias que, por su importancia, están sometidas por la ley a consulta, grado éste de jurisdicción que confiere plenos poderes para revisar la resolución judicial del ‘a quo’ por todos los aspectos y hacerle las enmiendas que el superior estime conformes con el derecho”.

Y la infracción penal porque fue condenado el recurrente, el delito de estafa, tiene ese grado de consulta, de acuerdo con la pena privativa de la libertad que para este ilícito punible señala el artículo 408 del Código Penal y lo que dispone el numeral 1º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, precepto este último que indica que es consultable “la sentencia y el sobreseimiento definitivo, cuando la infracción porque se procede tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal que excede de un año”. (Sala de Casación Penal. Bogotá, diciembre trece de mil novecientos setenta y tres. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

199

REFORMATIO IN PEJUS

En este cargo cabe toda la razón a la censura, es evidente que la única parte apelante lo fue la demandada, toda vez que el actor del juicio se conformó con la decisión del a quo. (Sala de Casación Laboral, marzo 28 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 366, 1ª).

200

REHABILITACION DE DERECHOS
Y FUNCIONES PUBLICAS

No se hace indispensable pronunciamiento judicial, cuando se trata de simple suspensión y se ha cumplido íntegramente esta sanción.

La pena de interdicción de derechos y funciones públicas, principal o accesoria, de que se ocupan varias disposiciones legales, particularmente el artículo 113 del Código Penal, tiene en cuanto a su duración y a las condiciones para ponerle fin, un doble sentido: el de la pérdida de tales atributos ciudadanos, y el de la simple suspensión de los mismos, de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución. Cuando se pierden, o cuando se establece la pena como perpetua, según el artículo 45 del Código Penal, el condenado debe pedir la rehabilitación al Tribunal Superior del Distrito Judicial en donde se hubiere dictado la sentencia de primera instancia, por mandato expreso del artículo 707 del estatuto procesal, acompañando los medios demostrativos de las condiciones a que se refiere el artículo 709 de la obra últimamente citada.

Pero cuando se trata de simple suspensión de derechos y funciones públicas, tal como los puntualiza el artículo 56 del Código Penal, hay que distinguir:

a) Si se ha cumplido íntegramente esta sanción, el restablecimiento a la vida ciudadana opera por imperio de la ley, a tono con el fallo, como que transcurrido el término interdictivo señalado en éste, no podría extenderse la inhabilidad a un tiempo mayor. Si se exigiera también en este caso la rehabilitación judicial, la duración de esa medida, en la práctica, no resultaría

temporal sino indefinida, exceso no autorizado en la ley;

b) Si no se ha satisfecho el plazo de la interdicción, el sancionado tiene derecho de pedir igualmente su rehabilitación, exactamente igual a como sucede cuando ha perdido la ciudadanía, y esto en cuanto hayan transcurrido por lo menos cuatro años a partir de la ejecutoria de la sentencia, según el artículo 113 del Código Penal, si, de otra parte, cumple las condiciones establecidas y las demuestra en la forma de que trata el artículo 709 del Código de Procedimiento Penal.

No puede imponerse en todas las circunstancias al condenado la obligación de demandar el restablecimiento de sus derechos y funciones públicas, porque ello sería tanto como darle a la pena interdictiva un carácter absoluto que no siempre tiene. De acuerdo con el artículo 113 del Código Penal, el condenado puede pedir que se le rehabilite siempre que haya observado buena conducta y que hayan transcurrido cuatro años a partir del día en que haya cumplido la pena principal o partir del día de la ejecutoria del fallo condenatorio, según el caso. Pero esto no es un deber, sino una facultad que puede ejercitarse mientras no se haya cumplido totalmente la sanción.

De acuerdo con el artículo 665 del Código de Procedimiento Penal, la ejecución de la sentencia definitiva y ejecutoriada corresponde al juez que conoció del proceso en primera o única instancia. Si este funcionario está obligado a comunicar a las autoridades respectivas la decisión final para que se cumplan las penas, también tiene el deber de impartir las instrucciones para que tales dependencias administrativas cancelen los registros o tomen las medidas conducentes al restablecimiento decretado. Tratándose de derechos y funciones públicas, es el juez indicado quien debe tener en cuenta si el sentenciado cumplió el tiempo de la condena accesoria a fin de declarar que se encuentra nuevamente en el ejercicio de la capacidad suspendida, y, como efecto inmediato, dirigirse a las mismas personas a quienes se comunicó la sentencia. (Sala de Casación Penal, 15 de febrero de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 385, 2ª, y 386, 1ª y 2).

201

REINTEGRO O INDEMNIZACIÓN

Las peticiones principales de la demanda inicial, se apoyan en la nulidad o ineficacia legal del despido, mientras la petición subsidiaria se sustenta en la eficacia del mismo calificado de injusto e indemnizable, luego las peticiones principales son contrarias a la subsidiaria. No es posible, pues, dentro del alcance de la impugnación, casar la sentencia atacada para confirmar lo dispuesto en la primera instancia, porque de prosperar el ataque, se incurriría en la incongruencia de acceder a dos pretensiones contrarias y exceder lo pedido en el libelo inicial.

Las peticiones principales del libelo inicial, reintegro del trabajador y salarios dejados de percibir, fueron acogidos en el fallo de primer grado; y la petición subsidiaria indemnización por despido injusto, fue reconocida en la sentencia del ad quem, previa revocatoria de aquella decisión del a quo.

Si se estudia el alcance de la impugnación en la demanda respectiva, se encuentra que al prosperar la casación parcial de la sentencia del Tribunal y la confirmación total del fallo del juzgado, se llegaría a la condenación por el reintegro y los salarios dejados de percibir, manteniéndose de otro lado por virtud de la decisión del ad quem en la parte no impugnada, la condena a la indemnización por despido injusto, o sea, que resultarían reconocidas las peticiones principales y también la subsidiaria, lo cual implicaría una pretensión superior a la deducida en el libelo inicial, que no puede ser atendible en el recurso. Como no se pidió que se revocara la petición subsidiaria, así fuera condicionalmente, para conceder las principales, no se puede modificar aquella ni acceder a éstas.

En efecto, la condenación a la indemnización por despido injusto no puede modificarse porque no fue impugnada.

Si al estudiar los cargos se encontrara que prosperan ambos o por lo menos uno de ellos, habría de casarse la parte en que revocó lo resuelto por el a quo y confirmar la sentencia de primera instancia, con lo cual se habría accedido a los dos remedios contrarios, se habría concedido una de las

peticiones que se hizo a falta de la otra y también la pedida alternativamente.

Las peticiones principales de la demanda inicial, se apoyan en la nulidad o ineficacia legal del despido, mientras la petición subsidiaria se sustenta en la eficacia del mismo calificado de injusto e indemnizable, luego las peticiones principales son contrarias a la subsidiaria. No es posible pues, dentro del alcance de la impugnación, casar la sentencia atacada para confirmar lo dispuesto en la primera instancia, porque de prosperar el ataque, se incurriría en la incongruencia de acceder a dos pretensiones contrarias y exceder lo pedido en el libelo inicial (Sala de Casación Laboral, abril 5 de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 192, 1ª y 2ª).

202 .

REINTEGRO O INDEMNIZACIÓN

Para la Corte, del ordinal 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, se desprende que, cumplidos diez años de servicios continuos por el trabajador y depedido éste en forma injusta, mediante demanda suya podrá el juez decidir entre el reintegro o la indemnización en dinero. Es decir que, sólo el juez puede escoger u optar por una u otra medida, según las circunstancias especiales que aparezcan en el juicio, mediante las cuales verifica si es aconsejable el reintegro o preferible la indemnización.

La censura se encamina a la conclusión que deriva el ad quem al entender que: no podía decidir entre el reintegro y la indemnización, "conforme a lo establecido en la norma transcrita", porque la actora optó por la indemnización, con lo que fija a lo dispuesto por el ordinal 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 un alcance que no tiene cual es el de que la parte demandante puede escoger por sí mismo entre una u otra solución del problema.

Para la Corte, del ordinal 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, se desprende que, cumplidos diez años de servicios continuos por el trabajador y despedido éste en forma injusta, mediante demanda suya podrá el juez decidir entre el reintegro o la indemnización en dinero. Es decir que, sólo el juez puede escoger u optar por una

u otra medida, según las circunstancias especiales que aparezcan en el juicio, mediante las cuales verifica si es aconsejable el reintegro o preferible la indemnización.

La percepción del dinero destinado por la parte patronal para indemnizar el despido injusto, en ese caso, no puede significar la decisión absoluta de escoger entre uno y otro derecho, porque es el juez quien puede decidir esa situación mediante el pedimento o demanda del trabajador, quien como es obvio, no podría optar por sí mismo por el reintegro para reincorporarse a la empresa desconociendo el despido, para volver al trabajo contra la voluntad de ésta.

Desde luego puede presentarse el caso de que el trabajador se conforme con el pago de la indemnización que por despido injusto le haga la empresa al término de sus diez años de trabajo, así como puede impetrar el pago total de esa indemnización o su reajuste, según el caso, o como en el sub judice, el reintegro y en subsidio el pago de la indemnización correcta para que el juez decida.

Lo que significa que, la consignación del valor de la indemnización por despido injusto y el recibo de ésta por el trabajador, no quiere significar renuncia tácita al derecho de pedir el reintegro para que la justicia resuelva. Pero para evitar abusos por parte del trabajador la Ley 48 de 1968, artículo 7º estatuyó que la acción de reintegro prescribe en el término de tres meses contados desde la fecha del despido.

Es pues evidente el error de interpretación dado por el ad quem al ordinal 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, indicado por el censor, y en consecuencia el cargo debe prosperar.

Habrà pues de ser casada la sentencia recurrida en cuanto revocó la decisión de reintegro del a quo, y se decidió por la indemnización, para confirmar el fallo de primer grado con el aditamento de que la parte demandada tiene derecho a descontar de los emolumentos que debe cubrir a la actora del juicio aquellas cantidades de dinero que ésta recibió como consecuencia del despido.

Consideraciones de instancia

Además de los fundamentos ya expuestos en el cuerpo de esta providencia, es impor-

tante anotar aquí que, la parte demandada en la contestación de la demanda, fundamentó y concretó su planteamiento acerca de que la demandante no completó los diez años continuos de servicio necesarios para ejercitar la acción de reintegro, en el hecho de las licencias que ésta pidió en el decurso de su permanencia al servicio de la empresa demandada, licencias éstas que a juicio del a quo no suspendieron el contrato de trabajo, por tratarse unas por enfermedad y otra por el matrimonio de la actora del juicio, es decir, para efectos del cumplimiento de los diez años necesarios para tener derecho a pedir el reintegro, por cuanto los hechos que dan motivo a la suspensión del contrato de trabajo están taxativamente enumerados en la ley, y estos de que aquí se trata no están comprendidos en esa enumeración, según el fallador de instancia.

Se agrega a este razonamiento que, las licencias que suspenden el contrato de trabajo, son aquellas que interrumpen para el trabajador la obligación de prestar el servicio y para el patrono la obligación de pagar los salarios. Esas llamadas licencias o más bien permisos en donde el patrono no se libera de la obligación de pagar los salarios al trabajador, como aquellos a que se refiere la parte demandada en la contestación de la demanda, no pueden producir el efecto de la suspensión del contrato, de donde la Sala acoge el concepto del a quo sobre este preciso particular, para concluir que la actora cumplió los diez años de trabajo continuos al servicio de la empresa, que dan fundamento a la acción de reintegro.

Ahora bien, para los fines perseguidos principalmente en la demanda se anota que, ciertamente la parte demandada retiró a la actora del juicio, del servicio de la empresa, específicamente por decisión "unilateral sin justa causa" como ésta misma lo advierte en la carta de despido. Y de la demanda y contestación de la misma, así como de las demás circunstancias del juicio no surge ninguna desavenencia ni distanciamiento ostensibles entre las partes que de manera clara puedan hacer no aconsejable el reintegro. Al contrario, el comedimiento y medida de los litigantes en toda la actuación, ajenos a toda manifestación de franca discordia, fuera de la natural discrepancia de conceptos entre la posición de la demanda

y de la defensa hace que pueda decidirse el caso conforme a lo pedido de manera principal, con la advertencia, ya indicada, de que la parte demandada puede descontar de lo que deba cubrir a la actora del juicio aquello que pagó a ésta como consecuencia de ese despido. (Sala de Casación Laboral, mayo 16 de 1973).

203

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS

“Con base en lo estatuido en el Título 34 del Libro 4º del Código Civil, nunca se ha discutido la responsabilidad autónoma de las personas físicas o naturales, proveniente de un delito o culpa que ha inferido daño a otro. La obligación de indemnizar es clara, y ella compete no sólo al autor del daño, con excepción de los menores de 10 años y los dementes (Art. 2346 *ibídem*), sino también a las personas físicas que deban responder de la conducta del dicho autor.

“La discusión radicó en determinar si las personas jurídicas, y en especial las de derecho público, eran responsables por los hechos de sus subordinados o agentes, en atención a que el citado Título 34 parecía no comprenderlas.

“Los distintos pasos que dio la Corte, iniciados en el pasado siglo, en orden a afirmar la responsabilidad de las personas jurídicas, ya de derecho privado, ya de derecho público, por los delitos o culpas de sus agentes en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, están compendiados en las dos sentencias uniformes, pronunciadas el 20 de junio de 1962, una por la Sala de Casación Civil y la otra por la de Negocios Generales. Tales pasos se pueden resumir así:

“A. Cuando el dogma de la irresponsabilidad del Estado, repercusión del concepto que en el siglo XIX se tuvo de la soberanía, fue cediendo al influjo de la moral llamada a participar en las relaciones del poder público con los miembros de la comunidad, se interpretó que eran aplicables a las personas jurídicas privadas primero, y luego a las de derecho público, las normas que les eran atinentes del Código Civil respecto a culpa aquiliana. Se derivó, entonces, con

fundamento en los artículos 2347 y 2349, una responsabilidad indirecta de las personas morales, basada en el deber de diligencia que tienen en la elección y en la vigilancia de sus subordinados o agentes. Se hizo una clara distinción, desde entonces, entre la falta del empleado o agente, regulada por el artículo 2341 del Código Civil, que le genera una responsabilidad directa, y la de la persona jurídica, regulada por los artículos 2347 y 2349 *ibídem*, por faltas “in eligendo” o “in vigilando” a su dependiente que le genera una responsabilidad indirecta. La culpa personal del empleado repercutía en la persona moral que lo había tomado a su servicio. Tal fue la posición de la Corte desde fines del siglo último.

“Nunca se puso en duda la responsabilidad personal del autor del daño frente a la víctima, y, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 2344, se dedujo que responden solidariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor, con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último.

“B. A partir de la sentencia de 21 de agosto de 1939, se inició la revaluación de la tesis de la responsabilidad indirecta y el problema fue desplazado hacia una responsabilidad directa, solución que tomó apoyo en la disposición del artículo 2341 del Código Civil y que partió de la tesis de que la culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata o directa a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que éstos sean, es su propia culpa. En esta elaboración jurisprudencial, la tesis de la responsabilidad directa sufrió dos modificaciones importantes, la una, con la tesis llamada organicista, que hizo la distinción entre la culpa de los directores y representantes de la persona jurídica, es decir, de sus órganos, que son los depositarios de la voluntad de aquélla, culpa que determina la responsabilidad directa del ente colectivo, y la culpa de los auxiliares o dependientes, que ni dirigen ni representan a la persona moral, por lo cual la responsabilidad de ésta es indirecta. La otra modificación, que mira sólo a las personas jurídicas de derecho público, se operó con el acogimiento de la tesis de las fallas del servicio público, originadas en el deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios

públicos y en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de éstos debe ser satisfecha por la administración; no juega, pues, necesariamente, el concepto de culpa de un agente identificado o determinado, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima.

"Ninguna de estas tesis puso en duda que los actos u omisiones dañosos del agente, por fuera de sus funciones como tal o fuera del servicio público, generan responsabilidad exclusiva del mismo, y que si el daño se produce por el hecho de un determinado agente en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la administración y el agente responden solidariamente al damnificado, con acción de reembolso a favor de aquélla.

"A partir de los dos fallos citados de 30 de junio de 1962, la jurisprudencia se ha definido, en el campo de la administración pública, por la tesis de "las fallas del servicio", fundada en el artículo 2341 del Código Civil, base de la responsabilidad extracontractual directa.

"La persona natural que, por su delito o por su culpa, ha causado un daño a otro, es obligada a resarcirlo, y no puede redimirse de responsabilidad amparándose en que es funcionario del Estado y que "en ejercicio de su cargo o con ocasión del mismo" lo cometió. Cuando el autor del perjuicio es un agente de una entidad de derecho público o privado, no existe un desplazamiento de su responsabilidad hacia la persona jurídica, sino una ampliación o extensión de esa responsabilidad, como se vio. En ese caso, tanto la persona natural como la jurídica responden del daño causado con el delito o la culpa. Se establece entre ellas una solidaridad legal, erigida en beneficio exclusivo de la víctima, que, en consecuencia, puede demandar la totalidad de la indemnización de la persona natural o de la jurídica, o de ambas conjuntamente a su elección.

"Quien demanda a una persona física autora de un delito o culpa que le ha inferido daño, no está obligado a demostrar que el demandado sea o no funcionario público, ni tiene que comprobar que el acto u omisión de éste se realizó en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, o por fuera de este ámbito, pues, en todos los

casos, el autor debe responder por su obrar. Que también se pueda demandar a la persona moral, es otra cosa; la víctima tiene entonces, la facultad de elegir: si quiere, demanda a la persona moral, o conjuntamente a ésta y a la persona natural que es su agente; mas, si es su deseo, también puede demandar exclusivamente al funcionario, persona física, autor del daño, pues en virtud del precepto contenido en el artículo 2341, éste responde de sus propios actos, sea que los ejecute en su esfera personal o en ejercicio o con ocasión de las funciones de agente de una persona moral de derecho privado o público" (G. J., CXXXIV, 200). (Casación civil, 11 de octubre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 84, 2ª; 85, 1ª y 2ª, y 86, 1ª).

204

RETENCION

Derecho restringido a los casos expresamente señalados en la ley.

Por cuanto el artículo 2417 del Código Civil preceptúa que: "no podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designen", la Corte insistentemente ha sostenido la doctrina de que nuestra ley consagra con criterio restrictivo la existencia del derecho de retención, y que por consiguiente su reconocimiento sólo procede en los eventos expresamente señalados en ésta.

Dentro de los casos excepcionales que la ley determina en el punto, se encuentra, según lo estatuido por el artículo 970 de esa obra, el del poseedor vencido que "tuviera un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras" (se subraya). Y dado que los frutos producidos por la cosa corresponden a un concepto distinto del de mejoras y expensas invertidas en ella, no es jurídicamente permisible reconocer al poseedor vencido facultad de retener el bien en garantía del pago de lo que por razón de aquéllos le adeuda el reivindicador, pues esa aplicación extensiva o análoga del precitado artículo 970 implica atribuir al derecho de retención un carácter general o institucional que no tiene. (Casación civil, 22 de febrero de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 45, 1ª y 2ª).

205

REVALIDACION DE PAPEL

Declara desierto el recurso por no revalidación oportuna del papel usado en la actuación.

Como excepción el principio de la gratuidad de la justicia civil, el artículo 103 del Código de Procedimiento Civil, como también lo hacía el estatuto procedimental anterior, ordena que las actuaciones del proceso; con las salvedades que la misma ley determine, se extienden en papel sellado. Y agrega que el que sea menester para el trámite y para las providencias que hayan de dictarse, lo debe suministrar el litigante que promueva el proceso, incidente o recurso, según fuere el caso, y el indispensable para resolver las demás peticiones y para las diligencias y pruebas, quien haya formulado el respectivo pedimento.

Ocorre, empero, que como el proceso civil no puede suspenderse por el incumplimiento de dicha carga procesal del litigante llamado a observar esa conducta de realización facultativa, cuya inobservancia trae aparejada para él consecuencias desfavorables, esa misma codificación, mediante la primera parte del artículo 104, autoriza al secretario de la correspondiente oficina judicial para suplir con papel común el sellado que no se suministró oportunamente.

Lo cual no significa, sin embargo, que la aludida carga procesal, ni menos los efectos de su incumplimiento, desaparezcan o se extingan; desde luego que el precepto referido establece que si la parte obligada con ella, después de requerida, no valida el papel común gastado en la actuación "en el término de ejecutoria, no será oída en el proceso hasta cuando suministre estampillas de timbre nacional por el doble del valor del papel debido", salvo que se trate de interposición de recursos o de petición de pruebas.

Determinando el alcance del artículo 104 del Código de Procedimiento Civil, dijo la Corte en providencia de 7 de mayo pasado aún no publicada: "El precepto transcrito estatuye, pues, lo siguiente: a) La parte obligada a suministrar el papel competente incurre en la sanción de no ser oída a par-

tir de la ejecutoria del auto que la requiere para que se efectúe la revalidación; b) No obstante, como excepción a ese principio, la parte renuente podrá ser oída para el solo efecto de solicitar pruebas o interponer recursos; c) La sanción procesal antedicha, mientras estuviere vigente, no implica que la actuación se suspenda o que los términos dejen de correr; d) La parte requerida podrá ser oída de nuevo a partir del momento en que haya efectuado la revalidación que se le ordenó; de ahí que se exija al secretario anotar la fecha en que dicha revalidación se efectúe; e) Esa misma parte, al recuperar su derecho a ser oída en el proceso, lo toma en el estado en que se encuentre y, por tanto, sólo podrá hacer uso de los términos que aún no hubiesen expirado". (Casación civil, 17 de julio de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 6, 1ª y 2ª).

206

REVALIDACION DE PAPEL

La sanción establecida por el artículo 104 del Código de Procedimiento Civil subordina su procedencia únicamente al no cumplimiento oportuno de la carga procesal establecida, sin consideración a la cantidad de papel que ha debido ser revalidado. Y como se trata de una situación jurídica instituida por la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, establecida en interés del requerido, cuya omisión trae aparejada para él una consecuencia gravosa, no puede ciertamente calificarse ésta de injusta puesto que su imposición depende exclusivamente de su voluntad. En derecho procesal las cargas establecidas por la ley, se traducen en poner a cargo de los litigantes las consecuencias penosas de sus omisiones, puesto que ellas son libres de obrar o de no obrar. (Casación civil, 16 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 56, 1ª).

207

REVALIDACION DE PAPEL

El artículo 104 del Código de Procedimiento Civil dispone que por regla general toda actuación judicial debe adelantarse en

papel sellado, el cual debe suministrarlo, "quien promueva el proceso, incidente o recurso". Otro tanto estatúan los artículos 345 y 346 del Código Judicial. Sin embargo, como la actuación procesal no puede paralizarse por la negligencia de la parte interesada, el mismo artículo 104 ordena que la falta de papel sellado será suplida por el secretario con papel común, pero si requirida aquélla para que lo revalide no lo hiciere en el término de ejecutoria del auto respectivo, dicha parte no será oída "en el proceso hasta cuando suministre estampillas de timbre nacional por el doble del valor del papel debido, que se adherirán al expediente y se anularán por el secretario con anotación de la fecha en que fueron suministradas".

El precepto citado estatuye, pues, lo siguiente: a) La parte obligada a suministrar el papel competente incurre en la sanción de no ser oída a partir de la ejecutoria del auto que la requiere para que efectúe la revalidación; b) No obstante, como excepción a ese principio, la parte renuente podrá ser oída para el solo efecto de solicitar pruebas o interponer recursos; c) La sanción procesal antedicha, mientras estuviere vigente, no implica que la actuación se suspenda o que los términos dejen de correr; d) La parte requerida podrá ser oída de nuevo a partir del momento en que haya efectuado la revalidación que se le ordenó; de ahí que se exija al secretario anotar la fecha en que dicha revalidación se efectúe; e) Esa misma parte, al recuperar su derecho a ser oída en el proceso, lo toma en el estado en que se encuentre y, por tanto, sólo podrá hacer uso de los términos que aún no hubiesen expirado.

Como atrás se dijo, durante el tiempo en que estuviere vigente la sanción en referencia, según lo expresó la Corte cuando regía el artículo 351 del Código Judicial y ahora lo reitera, la actuación procesal debe continuar y por tanto los términos siguen corriendo. Si durante ese lapso, la parte renuente hubiere presentado solicitudes de cualquier clase salvo el caso excepcional y por tanto de interpretación restrictiva de interposición de recursos o petición de pruebas, como no puede ser oída, el juez debe abstenerse de resolver esas peticiones, lo cual sólo podría hacer a partir del momen-

to en que el peticionario haya efectuado la revalidación que se le ordenó; pero si durante la vigencia de la sanción hubiere expirado el término en que debió formularse la respectiva solicitud la revalidación tardía no podrá revivirlo. (Casación civil, 7 de mayo de 1973, Tomo CXLVI, Págs. 87, 1ª y 2ª, y 88, 1ª y 2ª).

208

REVISION

El recurso de revisión implica un debate probatorio, así como el de casación es un razonamiento jurídico. En aquél se atacan las bases del juicio penal; en éste se impugna la sentencia, o sea, que en el uno la materia sub iudice es el proceso mismo, mientras en el otro la discusión versa sobre la legalidad de la sentencia.

Es sabido, como lo señaló ya esta corporación, que si se ordenara "la revisión de un proceso, definitivamente concluido, fundada en que se incurrió en nulidad por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio, estaría creando una nueva causal de revisión, arrogándose así una facultad que, de acuerdo con nuestra organización constitucional, corresponde al legislador" (G. J., T. CVII, Pág. 509).

Y ello es obvio, pues el recurso de revisión, técnicamente, es una acción promovida contra la autoridad de la cosa juzgada, cuyo objetivo no es otro que el de corregir el yerro relativo a la condenación de una persona inocente o exenta de responsabilidad, a fin de restablecer la justicia.

En fallo de siete de junio de 1955, expresa la Corte: "El recurso de revisión implica un debate probatorio, así como el de casación es un razonamiento jurídico. En aquél se atacan las bases del juicio penal; en éste se impugna la sentencia, o sea, que en uno la materia sub iudice es el proceso mismo, mientras que en el otro la discusión versa sobre la legalidad de la sentencia..." (G. J., T. LXXX, Pág. 524). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 4 de octubre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 172, 2ª, y 173, 1ª).

209

REVISION

Hecho nuevo es cualquier suceso o acontecimiento no conocido o no debatido dentro del proceso penal, de cuya plena demostración surge, bien la inocencia o la no responsabilidad del condenado, o bien el indicio grave de tal inocencia o irresponsabilidad. Ratifica así la Corte las providencias de 10 de julio de 1960, 14 de marzo de 1969 y 3 de marzo de 1977.

Según la causal 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, hay lugar al recurso de revisión en materia penal "Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyen siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

La Corte ha sostenido que "Es 'hecho nuevo' cualquier suceso o acontecimiento no conocido o no debatido dentro del proceso penal, de cuya plena demostración surge bien la inocencia o no responsabilidad del condenado, o bien el indicio grave de tal inocencia o irresponsabilidad (Providencias de 10-VII/60, 14-III/69 y 3-III/72). (Sala de Casación Penal, 20 de septiembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 363, 1ª y 2ª).

210

REVISION

Legitimación para interponer este recurso.

Sea lo primero advertir que para interponer este recurso extraordinario, se requiere ante todo que el recurrente tenga interés jurídico el que, por regla general, sólo lo tienen quienes fueron partes en el proceso en que se dictó la sentencia cuya revisión se pretende. Sin embargo, cuando se trata de la causal 6ª, con base en el espíritu y en la redacción misma del numeral 6º del artículo 380, puede también invocarla el

damnificado que no fue parte, para cuyo efecto en ese caso sí está legitimado para interponer el recurso, porque colusión significa precisamente "pactar en daño a tercero". De lo contrario, jamás se produciría la situación prevista por dicha norma así: "Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes (se subraya) en el proceso en que se dictó la sentencia..." "Esta causal —dice Hernando Morales— que tiende a reprimir la colusión y el fraude procesal, puede alegarse por un tercero en el proceso, que resulte víctima de dichas maniobras de las partes... El caso más frecuente es el de los acreedores, que pueden ejercer en esta forma la llamada acción pauliana procesal que antes se aducía por vía ordinaria, dentro de los cuatro años siguientes a la sentencia, según el artículo 478 de la Ley 105 de 1931" (Curso de derecho procesal civil, 6ª Edic. Bogotá, Pág. 630, Ed. A. B. C., 1973). (Casación civil, 18 de julio de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 11, 1ª).

211

REVISION

Carga probatoria.

El demandante, dado el carácter extraordinario de la revisión como que es una excepción al principio de la cosa juzgada, tiene la carga procesal de acreditar debida y plenamente la ocurrencia de la causal que invoca, sin perjuicio de las pruebas que la Corte oficiosamente considere necesario decretar con ese mismo fin (Art. 180 ibidem). (Casación civil, 18 de julio de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 11, 2ª).

212

REVISION

Procedencia.

El recurso en estudio sólo tiene cabida cuando se funda en alguna de las causales de revisión que taxativamente enumera el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, "de modo que a esta vía excepcional y de derecho estricto —dijo la Corte y aho-

ra lo repite— no se puede ocurrir libremente, como sucede con los recursos ordinarios, por todo el que haya perdido el pleito" (LV, Pág. 533, XCIV, Pág. 489). (Casación civil, 18 de julio de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 11, 2ª, y 12, 1ª).

213

REVISION

Nulidad como motivo del recurso.

La inadecuación del trámite como causal de nulidad no ocurre, pues, cuando en el proceso o en cualquiera de sus incidentes se dejan de cumplir ciertos procedimientos o etapas, sino cuando a éste se le da una tramitación que legalmente no le corresponde. En cambio, sí hay nulidad, cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para alegar de conclusión o en el caso de que se pretermita íntegramente la respectiva instancia (Art. 152, Nums. 3º, 4º y 5º del C. de P. C.).

Para que el hecho alegado como causal de nulidad, constituya motivo de revisión, requiérese en todo caso que sea "originada en la sentencia que puso fin al proceso" (Num. 8º, Art. 380 ibídem), porque las ocurridas antes del pronunciamiento del fallo, son susceptibles de ser alegadas por las partes y de ser declaradas oficiosamente por el juzgador si no se hubieren saneado. Es indispensable también que la sentencia que originó la nulidad no sea susceptible de ningún recurso, pues de serlo, ese vicio puede igualmente alegarse o declararse de oficio, o si fuere el caso, invocarse como motivo de casación con base en la causal 5ª del artículo 368. La falta de cualquiera de estos presupuestos descarta la ocurrencia de la causal 8ª de revisión. (Casación civil, 18 de julio de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 12, 2ª, y 13, 1ª).

214

REVISION

Se ratifica la doctrina de 9 de diciembre de 1954 (G. J., Tomo LXXIX, Pág. 357) y la de 10 de febrero de 1956 (G. J., Tomo LXXXII, Pág. 149). "La revisión es técnica-

mente una acción promovida contra la autoridad de la cosa juzgada".

Tanto la demanda, como las pruebas traídas dentro del recurso de revisión, están enderezadas a probar la inexistencia del delito contra funcionarios públicos.

Es así como el actor expresa: "Con esto se establece la inocencia completa de mi representado Alfonso Sánchez, porque no obligó al capitán Sanmiguel a omitir un acto propio de sus funciones".

Y técnicamente resulta improcedente que prospere la revisión de un juicio, en el que la sentencia, ejecutoriada, se ocupa de dos infracciones penales, cuando la demanda plantea el recurso sólo respecto de una de ellas.

¿Cómo entender, jurídicamente, que en parte se mantenga el juicio y la sentencia y en otra se prescinda de los efectos de aquél y de ésta?

Recuérdese que cuando el fallo en el recurso de revisión es favorable, "la Corte ordena la revisión de la causa..." (Inc. 2º, Art. 587, C. de P. P.). Y esto resulta técnicamente impracticable, cuando, como en el caso en examen, el juicio no cabe ser revisado en lo atinente a una de las infracciones penales porque fue condenado el recurrente, pero en cambio sí debe ser revisado respecto de otro delito también tomado en cuenta en la sentencia.

Y nada solicitó el demandante en cuanto a la revisión del juzgamiento y de la sentencia condenatoria por el delito de homicidio frustrado porque también fue condenado Alfonso Sánchez Salas.

Ha dicho la Corte que "la revisión es técnicamente una acción promovida contra la autoridad de la cosa juzgada" (autos de 9 de diciembre de 1954, G. J., T. LXXIX, Pág. 357, y de 10 de febrero de 1956, G. J., T. LXXXII, Pág. 149, entre otros). ¿Cómo, entonces, en el caso en estudio, aceptar que se desconozca la cosa juzgada y calga el juicio y la sentencia solamente en parte, como se dijo antes?

No es dable que pudiera ordenar la Corte la revisión del juicio seguido contra Sánchez Salas, desconociendo la autoridad de la cosa juzgada, apenas en cuanto al supuesto delito de ataque a funcionarios públicos y dispusiera mantener la cosa juzga-

da en lo que respecta al delito de homicidio frustrado (Sala de Casación Penal, Bogotá, 30 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 319, 2ª y 320, 1ª).

215

ROBO CALIFICADO

La Corte reitera la jurisprudencia sobre que con el robo calificado (Art. 404) no juegan las modalidades específicas del hurto previstas por los artículos 398 y 399, pues con la aplicación del 404 queda doblemente reprimido el robo en sus manifestaciones más graves y sería aberrante y contrario a la equidad hacer todavía otro aumento. (Casación 27 Sep. 1955, G. J., T. LXXXI, Pág. 310; de 21 de mayo de 1956, G. J., T. LXXXII, Pág. 656, entre otras).

Esta tacha, en cambio, cuenta con demostración, pues en la dosimetría de la pena el juzgador ad quem, indebidamente, aplicó el artículo 399 del Código Penal, que señala una circunstancia agravante del delito de hurto, extensiva al robo según lo que indica el artículo 403 de la misma obra.

Esto, por cuanto los hechos fueron especificados según los casos especiales de agravación del delito de robo, de que trata el artículo 404 de tal Código, en relación con el cual ha dicho la Corte:

"Con el robo calificado (Art. 404) no juegan las modalidades específicas del hurto previstas por los artículos 398 y 399 porque con la aplicación del 404 queda debidamente reprimido el robo en sus manifestaciones más graves, y sería aberrante y contrario a la equidad hacer todavía otro aumento, recurriendo a las circunstancias cualificadoras de los artículos 398 y 399" (Cas., 27 septiembre de 1955, G. J., T. LXXXI, Pág. 310; de 21 de mayo de 1956, G. J., T. LXXXII, Pág. 656, entre otras).

En el fallo objeto del recurso de casación se dijo sobre el particular:

"El robo se cometió el 12 de octubre de 1971, esto es, bajo la vigencia del Decreto 1988 de octubre de ese año, que aumentó la pena señalada en el artículo 404 del Có-

digo Penal, fijándola entre 5 y 14 años de presidio. A ese mínimo de cinco años, es necesario aumentar dos años más, en razón de la cuantía del delito, \$ 21.000.00, según los artículos 399 y 403 del mismo Código, y como antes registran antecedentes de depravación y libertinaje y una tendencia persistente al delito, especialmente contra la propiedad..., se aumentará para ambos la pena de seis meses, lo que da como total noventa meses de presidio..." (Sala de Casación Penal, 10 de septiembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 337, 1ª y 2ª).

S

216

SALARIO DEVENGADO Y COMISIONES CAUSADAS

El punto por resolver es, pues, el de si el fallo transcrito interpretó erróneamente los artículos 253 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo y el 8º del Decreto 2351 de 1965 al no computar dentro del salario "devengado" "en el último año de servicios" las participaciones y comisiones causadas antes de dicho año, pero recibidas por el trabajador en éste.

El argumento fundamental del recurrente se cimenta en la definición que trae de la voz: "devengar", el Diccionario de la Academia Española, cuyo texto es: "adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título" "devengar salario, costas, intereses". Es decir: quien devenga un salario, sueldo o retribución "adquiere derecho" a dicho sueldo, retribución o salario, cosa distinta de recibirlos o percibirlos efectivamente. Una persona puede haber "devengado" una comisión, por ejemplo, sin que la haya percibido, o sea, que "adquirió derecho" a recibirla de quien debe cubrirla.

El argumento gramatical, pues, no saca adelante la tesis del recurrente, quien confunde: "adquirir derecho" (devengar) a una retribución, con recibirla o percibirla efectivamente. Son fenómenos distintos, que el

lenguaje contable distingue con claridad al denominar el primero: "ingreso causado", cuya época de adquisición puede coincidir o no con la de entrada real al patrimonio del adquirente. Aquél, o sea, el "devengado" o "causado" se fija por su origen, mientras que el otro por el término en que sea satisfecho.

El estatuto fiscal hace esta distinción en forma muy nítida y así, por ejemplo, el artículo 24 de la Ley 81 de 1960, reza: "Se entiende realizado un ingreso cuando se recibe efectivamente en dinero o en especie apreciable en dinero, en forma que equivalga legalmente a su pago. Los ingresos recibidos por anticipado, que correspondan a ventas no causadas, sólo se gravarán en el período gravable en que se causen. Los contribuyentes que lleven libros de contabilidad debidamente registrados, a base de ingresos y egresos causados, deberán denunciar los ingresos causados jurídicamente durante el año, aun cuando no los hubiesen recibido todavía, salvo lo que establezcan los reglamentos para el caso de negocio con sistemas regulares de ventas a plazos, o por instalamentos periódicos" (subrayados de la Sala).

Se confirma el anterior aserto razonado por el absurdo, pues si una persona "devenga" comisión retributiva de un servicio, cuyo promedio mensual es, vr. gr., de \$ 10.000.00, por el hecho de recibir su importe total, o sea, \$ 120.000.00 en el undécimo mes, no podría afirmarse que tal fue el promedio de lo "devengado" en éste. Lo mismo ocurre cuando dicho promedio es anual y no mensual y así quien "devenga", por ejemplo, \$ 100.000.00 anuales, pero recibe de una vez lo correspondiente a tres años, es decir, \$ 300.000.00, no puede pretender lógicamente que éste fue "el promedio de lo devengado en el último año". (Sala de Casación Laboral, septiembre 20 de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 497, 1ª y 2ª, y 498, 1ª).

217

SIMULACION

Principio de prueba por escrito.

El artículo 93 de la Ley 153 de 1887, inciso primero, definía el principio de prueba

por escrito, como "un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso". El actual Código de Procedimiento Civil al derogar dicho artículo, dejó a la doctrina la definición de este punto. La jurisprudencia entendió que el principio de prueba por escrito "es un documento privado proveniente del obligado en que se hace alusión al hecho que se pretende demostrar, sin que llegue a constituir manifestación clara y expresa de él, pues en tal caso no sería ya un mero principio sino su completa demostración. Tres son los requisitos o condiciones que debe reunir un documento para poder atribuirle legalmente el mérito y efectos que dentro de nuestro derecho probatorio corresponde al principio de prueba por escrito: que exista un escrito que no sea el contrato mismo; que provenga de la persona a quien se opone o de su representante legítimo, y que de él aparezca la verosimilitud del hecho litigioso" (LVI, 171; LXIII, 662; LXIV, 394, LXII, 117; XCII, 978; LXI, V, 396).

La jurisprudencia ha sido muy amplia en la apreciación de la relación de conexidad que debe existir entre el principio de prueba por escrito y la obligación que se discute en el respectivo proceso, en consideración a que la ley no exige en él otro requisito que el que éste haga verosímil al hecho litigioso, "y la verosimilitud es algo sustancialmente diferente de la evidencia" (G. J., 1887, 161; 2001, 170). Quiere decir esto que en el principio de prueba por escrito no pueden exigirse mayores detalles sobre el hecho litigioso, porque en ese evento aquél no sería tal "sino una confesión expresa, clara, inequívoca y con evidencia meridiana". (Casación civil, 16 de febrero de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 31, 1ª y 2ª).

218

SOCIEDAD DE HECHO ENTRE
CONCUBINOS

El matrimonio legítimo genera ope legis sociedad conyugal: la vida en común de los

amancebados no genera per se ni comunidad de bienes, ni sociedad de hecho; para que exista se requiere pacto expreso o hechos que la constituyan.

Para que, por ministerio de la ley y por el simple hecho de esa unión, se forme sociedad de bienes entre un hombre y una mujer que se unen para vivir juntos, requiérese, como lo disciplinan los artículos 180 y 1774 del Código Civil, que ellos hayan celebrado, entre sí, matrimonio que produzca efectos civiles; las uniones matrimoniales no tuteladas por la ley, no tienen virtud para crear tal sociedad de bienes entre los consortes. En el caso dicho, entonces, por el solo hecho del matrimonio y sin que los cónyuges lo sepan o lo quieran, y aun contra su voluntad, pues es institución de orden público para cuya derogación no tiene eficacia la voluntad individual o conjunta de los casados, esta sociedad conyugal se contrae entre marido y mujer. Como lo expresa el artículo 1º de la Ley 28 de 1932, a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que deba liquidarse la dicha sociedad, se considerará que ella ha existido desde el mismo instante en que el matrimonio fue celebrado.

Perfeccionado pues el matrimonio, simultáneamente con él nace la sociedad que, desde entonces, cuando no se han celebrado capitulaciones matrimoniales, se gobierna por las normas del Título 22 del Libro 4º, del Código Civil, con las reformas que le introdujo la Ley 28 de 1932.

Disuelta la sociedad conyugal deberá procederse a su liquidación y aunque uno de los consortes probare que el otro en nada colaboró a la formación del haber social, ambos tendrán derecho igual para que el acervo social líquido se les adjudique por mitades, como expresamente lo establece el artículo 1830 del Código Civil. La demostración de que falta alguno de los elementos constitutivos de todo contrato de compañía, en nada podría modificar la existencia de la sociedad conyugal, pues esta surge ope legis, y no del acuerdo de las voluntades de los casados. Ella se presenta pues como engendrada por el matrimonio sin el cual no puede existir, porque no tiene vida autónoma. Para que cada consorte

o consocio, a la disolución de esa sociedad, pueda reclamar su derecho en ella, le basta con probar que hallábase unido en legítimas nupcias y sin que tenga qué demostrar, además, que existen todos los elementos constitutivos del contrato social, cuales son: la *affectio societatis*, o intención de tomar parte en una empresa común, los aportes recíprocos, y el propósito de repartir entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación.

Brota de lo expuesto que la sociedad conyugal es, pues, un efecto propio del matrimonio legítimo, no del hecho de la convivencia o cohabitación de los casados, o una creación de la simple voluntad de éstos.

Quienes hayan celebrado matrimonio que no produzca aquellos efectos o quienes sin casarse entre sí, se hayan unido para vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, aunque convivan bajo un mismo techo y de manera pública y estable, a la manera de los legítimamente casados, carecen de derecho para reclamar, fundados únicamente en que existe la unión concubinaria, que se les otorgue participación en las utilidades que su compañero haya obtenido durante el tiempo en que han cohabitado. Ni a la concubina ni al concubinario, por el solo hecho de ser tales, les confiere la ley derecho alguno sobre los bienes que su amante haya adquirido durante el tiempo en que la unión natural se haya desarrollado.

El concubinato, pues, no genera por sí ningún tipo de sociedad o de comunidad de bienes entre los concubenarios. La cohabitación, per se, no da nacimiento a compañía patrimonial.

Nada se opone, empero, a que se forme una sociedad de hecho entre los concubenarios, cuando paralela a la situación sexual que conviven, se desarrolla, con aportes de ambos, una labor de explotación con fines de lucro, que no tenga objeto o causa ilícitos, en la que los dos participen con el propósito expreso o tácito, de repartir entre sí las utilidades que provengan de la gestión. Tampoco se opone a aquéllo el que los concubenarios, en la actividad lucrativa que desarrollan, combinen sus esfuerzos personales buscando también facilitar la satisfacción de las obligaciones familiares comunes o tengan como precisa finalidad

crear una fuente de ingresos predestinados al pago de la erogación que su vida en común demanda, o para la que exija la crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, pues en tales fines va implícito el propósito de repartirse los remanentes si los hubiere o el de enjugar entre ambos las pérdidas que resulten de la explotación.

Como lógica conclusión emerge de lo expuesto, que quienes no están unidos en legítimo matrimonio que produzca efectos civiles, para que puedan tener derecho a participar en las utilidades conseguidas durante el término de la unión, deben probar que entre ellos existió una verdadera sociedad de hecho; no les basta con acreditar que eran concubenarios.

Cuando se ha celebrado matrimonio, la sociedad conyugal nace simultáneamente con éste, y no antes ni después, porque es el hecho de las nupcias lo que la genera. En cambio, cuando entre concubenarios existe sociedad de hecho, ningún obstáculo legal se levanta para que la sociedad se haya iniciado aun antes de empezar el concubinato, ni la hay para que surja con posterioridad a la existencia del mismo. Quienes al margen de la ley conviven como marido y mujer, bien pueden formar una sociedad ya regular, ya de hecho, después de estar cohabitando, siempre que tal compañía no tenga por fin continuar el concubinato, fomentarlo o estimularlo, pues, entonces, porque sería ilícita su causa, la sociedad sería nula. Y tal situación es clara, porque el concubinato no puede ser elemento constitutivo del contrato social; meramente puede ser un factor circunstancial.

Resumiendo lo expuesto, se tiene: la sociedad conyugal que, según los artículos 180 y 1774 del Código Civil, se forma entre los consortes por el hecho del matrimonio, no requiere de la concurrencia de ninguno de los elementos tipificadores del contrato social, cuales son: la intención de asociarse o *animus contrahendi societatis*, los aportes recíprocos y el propósito de repartirse las utilidades o pérdidas que resulten de la especulación. Esa sociedad *sui generis* se contrae, aun contra la voluntad de los ca-

sados, por el simple hecho de las nupcias legítimas. En cambio, quienes por fuera del matrimonio se unen para vivir juntos, no por ello contraen sociedad de bienes, la cual, para que se entienda contraída, indispensablemente reclama que entre los concubenarios se haya celebrado pacto expreso con esa finalidad, o que los hechos indiquen certeramente que al margen del desarrollo de su vida sexual o afectiva, los concubenarios realizaban actividades encaminadas a obtener lucro, que tenían el propósito de repartirse las utilidades o pérdidas que resultaren de la especulación y que entre ellos existía, en el desempeño de tal trabajo, el ánimo de asociarse.

La sociedad conyugal, pues, sólo puede existir entre personas que están legítimamente casadas entre sí, aunque después del matrimonio se declare nulo. Ella no se da entre concubenarios. No obstante, entre éstos puede existir sociedad de bienes, creada ya regularmente por el concurso expreso de sus voluntades, o contraída por los hechos. El matrimonio por sí solo, pues, genera aquella sociedad, lo que no acontece con el concubinato, en el cual para que se forme sociedad de bienes entre sus integrantes, se requiere que así lo hayan convenido éstos, expresa o tácitamente.

Doctrina invariable de la Corte ha sido la de que por cuanto la vida en común de los amancebados no genera, per se, ni comunidad de bienes ni sociedad de hecho, para declarar la existencia de ésta y que cada concubinario pueda reclamar los derechos que se conceden a quien tiene la calidad de socio, se exige que quien alega su existencia aduzca la prueba idónea que permita al fallador, en tal caso, "distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos". (G. J., XLII, 479, LVI, 333, LXIII, 21; LXXVI, 485; LXXVII, 158, XC, 560; XCIV, 36, entre otras). (Casación civil, 18 de octubre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 91, 1ª y 2ª; 92, 1ª y 2ª, y 93, 1ª).

SUBROGACION DE OBLIGACIONES
LABORALES

Cambio de un patrono privado por otro de la misma índole o por uno oficial que reemplaza a otro de igual carácter.

Admitido que el 21 de noviembre de 1970 culminó el proceso de oficialización de la Universidad, por no haber prosperado el primer error de hecho relacionado con la tesis del recurrente de que ese fenómeno se cumplió el 5 de agosto del mismo año, es forzoso concluir que ese día desapareció la entidad privada y surgió el instituto público departamental, y, por tanto, este cambio de naturaleza de la institución implicaba el de las relaciones con sus servidores, que adquirirían o la de empleados públicos o la de trabajadores oficiales, regidos por estatutos especiales y no por el Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 3º, 4º y 492 de éste.

Pero es obvio que para la aplicación a un caso concreto de aquellos estatutos y no del mencionado Código es necesario o que quien venía al servicio de la entidad privada continuara en el de la oficial o que fuera nombrado por ésta, como trabajador nuevo. Es decir, hay que distinguir dos períodos en lo referente al cambio del régimen legal que se estudia: corresponde el primero a la etapa en que la entidad era particular y que sólo podía gobernarse por el Código dicho y el segundo es el que se refiere al momento en que surgió la entidad oficial y que ya no podía regirse por aquel Código, sino por los estatutos especiales correspondientes.

En estas condiciones, resulta que el demandante fue reemplazado en su cargo de Rector Asistente el día en que remató el proceso de oficialización de la Universidad (21 de noviembre de 1970). Por tanto, terminaron allí sus relaciones con la entidad privada a que venía sirviendo, sin que alcanzara a ser empleado o trabajador de la oficial, porque ésta no lo admitió en la nómina de directores que designó ese día.

Este hecho es el que el recurrente considera que no constituyó despido indemnizable porque el demandante se encontró ante una prohibición constitucional de devengar dos sueldos de un mismo tesoro, pues siendo Magistrado del Tribunal Superior no podía al mismo tiempo continuar como Rector de la Institución oficializada.

Pero una cosa es la prohibición de devengar dos sueldos de un mismo tesoro y otra la posibilidad de escogencia del nombrado en dos cargos incompatibles para aceptar uno u otro, o para renunciar el uno e ingresar al otro. Dicha prohibición por sí misma no impide el nombramiento de quien desempeña un cargo oficial para otro de la misma índole, pues el nombrado es quien debe escoger con cuál de los dos se queda. Esta decisión no corresponde a la entidad nominadora, sino al empleado designado.

Y en el caso sub judice la situación es esta: cuando se oficializó la Universidad desempeñaba el cargo de Vicerrector. Desde aquel momento era incompatible este cargo con el de Magistrado que también servía: pero era él el llamado a decir en cuál de los dos prefería continuar. Si la Universidad lo hubiese confirmado como Vicerrector, el demandante hubiera podido seguir como tal, renunciando a la magistratura, o a la inversa, hubiese podido renunciar a la Vicerrectoría para mantenerse como Magistrado del Tribunal. El Consejo Superior Universitario no podía anticiparse a esta decisión para retirarlo de la Vicerrectoría, suponiendo que iba a desempeñarla al mismo tiempo que la magistratura.

En consecuencia, la sentencia del Tribunal en este punto no comporta error de hecho manifiesto o evidente, lo que implica que no resulta probado que las normas de la Constitución y la ley "con su carácter prohibitivo y su fuerza obligatoria absolutas" fueron las que impidieron "que se ratificara la designación que años antes le había hecho la Universidad para el cargo de Rector Asistente", según lo afirma el casacionista. (Sala de Casación Laboral. Julio 24 de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 386, 2ª, y 387, 1ª y 2ª).

220

SUSPENSION DEL PROCESO CIVIL

Cuando los ilícitos se relacionan con los medios de prueba.

Cuando iniciado un proceso penal, el fallo que corresponda dictar en éste haya de influir necesariamente en la decisión del civil. No habrá suspensión si se trata de posibles ilícitos relacionados con medios de prueba, salvo con las de estado civil en procesos de sucesión.

De manera que el posible ilícito que se atribuye por el demandante, derivado de la manera como se dice tramitó el formulario tantas veces mencionado, no podía conducir a un decreto de suspensión del proceso civil adelantado por éste en procura del pago del premio de que se cree ganador, por estar comprendido el caso dentro de la excepción mencionada en la norma acabada de transcribir. La cual obedece a la consideración de que en el proceso civil exista la posibilidad de demostrar el tal ilícito, como lo sería falsedad de documentos y testimonios; si así no estuviese ordenado, la suspensión se constituiría en medio fácil para demorar los procesos civiles hasta por un lapso de tres años (Art. 172 C. de P. C.), lo que contraría el criterio general dominante en la expedición de las nuevas leyes procedimentales, orientada en el sentido de darle mayor celeridad a los procedimientos, para lo cual entre otras medidas, se le concedieron al juez facultades de dirección, de que antes carecía, por lo que se ha llegado a afirmar por los doctrinantes que "para aplicarlo (el C. de P. C.) es obvio que debe cambiarse de mentalidad, pues el paso del sistema, privatista al publicista así lo exige".

Por lo demás, la excepción atinente a las pruebas de estado civil en procesos de sucesión, también se explica suficientemente. En efecto, éstas tienen mayor entidad que la de servir de simples medios de prueba, puesto que pueden constituir título mediante el cual, en el proceso en referencia, se habrá de reconocer a unas personas como herederos o como cónyuge sobreviviente,

a los que, por otro lado, se les hará entrega de los bienes dejados por el difunto. La suspensión en este caso impide que se entreguen los bienes de la herencia a quien haya sido reconocido como heredero, por ejemplo, mediante un título falso. (Casación civil, 12 de junio de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 100, 1ª).

221

SUSTITUCION PATRONAL

De acuerdo con el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo hay sustitución de patronos cuando se presenta un cambio de patronos, la continuidad de la empresa y la continuidad del trabajador en el servicio. El cambio de un patrón por otro puede ser por cualquier causa: venta, arrendamiento, cambio de razón social, etc., y de una persona natural por otra natural o jurídica, o de una persona jurídica por otra jurídica o natural. La continuidad de la empresa se refiere a lo esencial de las actividades que venía desarrollando, y la continuidad del trabajador o su permanencia en la empresa cuando se produce el cambio con la subsiguiente prestación de los mismos servicios al nuevo patrono.

Los hechos anteriores, que constituyen los requisitos para que opere la sustitución de patronos, son susceptibles de demostrarse con los medios probatorios señalados en la ley. Si la sustitución se produce por la venta de la empresa, no es tal acto jurídico lo que ha de probarse, sino el hecho de que al frente de la empresa hay un patrono distinto al anterior que es ante el trabajador nuevo sujeto del vínculo contractual; y así como no es necesario demostrar el título que tiene el patrono sobre la empresa —propietario, arrendador, etc.,— cuando se pretende acreditar la existencia de un contrato de trabajo, tampoco debe exigirse respecto del nuevo patrono la demostración de cómo adquirió tal calidad, porque ese es un acto por lo general indiferente para el trabajador, sujeto invariable del contrato de trabajo que no se ha extinguido. (Sala de Casación Laboral. Agosto 27 de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 462, 1ª).

T

224

222

TECNICA DE CASACION

TECNICA

(Casación).

El quebrantamiento de normas de procedimiento sólo es procedente en casación como medio por el cual se llegó a infringir otras sustanciales, sin cuya determinación por el casacionista el cargo resulta inadmisibles. (Sala de Casación Laboral. Enero 24 de 1973).

223

TECNICA DEL RECURSO
DE CASACION

(Honorarios profesionales).

Planteado el cargo en la forma transcrita carece de proposición jurídica completa, pues tratándose como se trata de un contrato de mandato, según lo calificó el Tribunal, que graduó los honorarios con base en la tarifa del Colegio de Abogados y como lo tipifica el propio demandante, es obvio que las normas principalmente violadas, si en realidad lo fueron, debieron ser las que rigen dicho contrato, sobre todo las que imponen al mandante la obligación de cubrir los honorarios pactados o los usuales.

La violación de la ley, por otra parte, debe corresponder a preceptos sustanciales que establezcan los derechos reclamados y las cuatro disposiciones que cita el recurrente del mencionado Código no revisten este carácter, pues la primera indica la fuente de las obligaciones, la segunda define lo que se entiende por contrato o convención, y las otras dos sientan los conocidos principios de que el contrato es ley para las partes y que su ejecución ha de hacerse de buena fe. De haber existido transgresión de estas normas, sólo pudo sucederse como medio para el quebranto de las que regulan las obligaciones reclamadas (Sala de Casación Laboral. Octubre 30 de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 554, 1ª y 2ª).

Causal 1ª. Se debe señalar el concepto de la violación, o sea si la sentencia viola la ley sustancial por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, o si, en cambio, la infringe por error de derecho en la apreciación de las pruebas o por error de hecho que aparezca manifiesto en los autos.

A lo expresado por el Procurador con apoyo en la jurisprudencia que sobre el particular ha sido unánime, sin una sola vacilación, desde 1944, cabe agregar únicamente que por el camino señalado por el recurrente, la Corte, al casar la sentencia y convertirse en fallador de instancia para sustituir con la suya la decisión del Tribunal Superior, lo haría, como ya se dijo, con omisión del veredicto en puro derecho, violando las formas propias del juicio en que interviene el jurado y contrariando claros mandamientos del artículo 26 de la Constitución Política.

Frente a los errores de técnica anotados por el Procurador a la demanda, la Sala considera atinente recordar en esta oportunidad que no todas las causales de este recurso extraordinario obedecen a un mismo concepto de violación de la ley sustancial y que la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea, las tres, son formas distintas del error jurídico, y todas ellas difieren del error de derecho y del error de hecho, cuyos méritos en casación dependen del buen suceso que el demandante obtenga en demostrar que el sentenciador apreció erróneamente o dejó de apreciar determinada prueba.

En el primer caso, —error de derecho— la apreciación errónea consistirá en que el sentenciador niegue a la prueba el alcance que la ley le asigna, o le conceda el que no le corresponde legalmente. El error de hecho, en cambio, sólo adquiere relieve en casación cuando el sentenciador ignora la prueba que por modo ostensible —manifiesto— señorea en autos, o finge como de esta guisa, o con dicha fuerza y carácter aquella que visiblemente falta.

La infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea son formas específicas del error jurídico.

En la primera hipótesis, —infracción directa— la ley ha dejado de aplicarse a un caso que la reclama exigentemente. La realidad y el hecho figurado legalmente se corresponden con justeza.

En la segunda hipótesis —aplicación indebida— la ley ha sido aplicada a un hecho no coincidente con ella. La realidad fáctica y el hecho previsto legalmente se repugnan, o simplemente difieren específicamente.

En la tercera hipótesis —interpretación errónea— el hecho real y el que la ley define, coinciden cabalmente. Pero la norma, bien seleccionada por el sentenciador, ha sido exagerada por él en sus alcances, o recordada en ellos, por equivocado entendimiento.

En las tres hipótesis, la violación de la ley sustancial se da con absoluta independencia de las pruebas.

De donde puede afirmarse que estos conceptos de violación corresponden a causas y motivaciones diferentes, son independientes entre sí y, por consiguiente, no pueden ni deben predicarse en haz y al tiempo respecto de unos mismos hechos. (Sala de Casación Penal, 2 de noviembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 199, 1ª y 2ª).

225

TECNICA DE CASACION

La casación no es una nueva instancia que permita la revisión total del proceso. — La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas.

En providencia de 12 de agosto de 1969 dijo esta Sala:

“El recurso de casación tiene por finalidad primordial velar por la recta y auténtica aplicación de la ley. Su objeto, dice

Manresa, “es contener a todos los tribunales y jueces en la estricta observancia de la ley e impedir toda falsa aplicación de ésta y su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia”.

“Mediante ese medio extraordinario, cuando el ataque a la sentencia es de fondo, como quiso hacerlo aquí el recurrente, se persigue corregir la infracción de la ley sustancial, por no aplicación de una disposición legal al caso probado en autos y abstractamente regulado por ella (infracción directa), o por aplicación de la norma a hecho no gobernado por ella (aplicación indebida), o porque se le haya atribuido a la norma un alcance diverso al que realmente tiene (interpretación errónea).

“La casación no es una nueva instancia, que permita la revisión total del proceso en su situación fáctica y en las cuestiones jurídicas. En ella se plantea un juicio de derecho limitado, que comprende únicamente el examen de los vicios que la parte recurrente impute a la sentencia acusada y dentro de precisos motivos, para determinar mediante el estudio comparativo del fallo con la ley, si ésta ha sido o no correctamente aplicada por el tribunal de última instancia.

“Por el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación, es deber del recurrente formular con claridad y precisión los motivos de ataque a la sentencia impugnada, dentro de los establecidos en la ley, y fundamentarlos de tal manera que permita a la Corte el estudio del juicio de derecho contenido en el fallo, y comprobar si en éste se ha violado la ley y por qué concepto.

“La casación es un remedio técnico y la demanda que lo sustenta está sometida a condiciones de forma y de fondo cuya observancia es indispensable para su admisión y para que subsista respecto del recurrente, como expresa Fenech, “el derecho al examen y ulterior decisión del Tribunal de Casación”. Tales condiciones están contempladas en la legislación colombiana en el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, que establece:

“La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca

para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas.

"Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una". (G. J., T. CXXXI, Pág. 285).

Examinando el escrito presentado como demanda en el caso sub iudice, se tiene:

1º No contiene el resumen de los hechos que fueron materia del debate, pues el señor defensor se limita a hacer superficiales referencias al proceso.

2º No señala la norma o las normas penales sustanciales que se reputan infringidas, y

3º No desarrolla en la forma exigida por la ley los fundamentos del motivo de casación aducido. (Sala de Casación Penal, 30 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 328, 1ª, y 2ª).

226

TESTIMONIO

Al juez corresponde apreciar razonablemente la credibilidad de tal medio de prueba.

1. Como se recordará, la esencia de la acusación consiste en que la sentencia impugnada le negó a determinados testimonios el valor que la ley les asigna, y les atribuyó a otros el que ésta no les concede, infringiéndose así el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, quebranto que, a su vez, produjo por vía indirecta la violación del artículo 215 de la misma obra, que el acusador califica de norma sustancial.

2. Preceptúa el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal que toda persona es hábil para rendir testimonio. Y agrega en su apartado primero: "Pero al juez le corresponde apreciar razonablemente 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 aquellas en que se rinda la declaración".

Salvo la supresión de la referencia a la sanidad mental del testigo, el precepto reproduce el contenido y alcance del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal anterior, sobre el cual anotó esta Sala, al comentarlo en no pocas oportunidades, que en lo relativo al testimonio de la Ley 94 de 1938 había cambiado totalmente el sistema hasta entonces imperante, pues el método tarifario de interpretación, caracterizado por hierática estructura, se pasó al denominado legal-moral, en que el juez no está ya sometido al absurdo criterio de considerar que dos deponentes acordes en las circunstancias de tiempo, lugar y modo hacen plena prueba. En el sistema de la tarifa probatoria, la labor del juez se circunscribía, respecto del testimonio, a contar los testigos, presupuestas determinadas circunstancias; en el de la persuasión racional, aquél realiza una función predominante autónoma, atemperada sólo por las reglas de la sana crítica, proceso dialéctico presidido y orientado por la lógica del raciocinio.

3. En consecuencia, si al juez corresponde apreciar razonablemente la credibilidad de tal medio de prueba, vale decir, si goza de prudente y necesario arbitrio al ejercer la facultad de evaluarla para formar su propia convicción; si, en otros términos, el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal sólo contiene pautas o directrices generales de interpretación y no una tabla de específicos valores, existe imposibilidad jurídica para fundar en ese precepto un error de derecho, que supone siempre el quebranto de una norma de disciplina probatoria. (Sala de Casación Penal, 25 de octubre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 191, 1ª y 2ª).

227

TRABAJADORES DE LOS FERROCARRILES

(Ferrocarril de Paz del Río S. A.)

Los trabajadores oficiales de ferrocarriles fueron excluidos de todo el régimen de derecho individual del Código, incluido el de

prestaciones sociales, y los trabajadores ferroviarios de empresas particulares lo fueron únicamente del régimen de pensiones, quedando sometidos a su normación en todo lo demás.

Como lo anota el opositor, el Tribunal Superior no tuvo en cuenta los artículos 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo para tomar su decisión; pero como el casacionista los relaciona con el artículo 268 del mismo estatuto, que sí es soporte legal del fallo acusado, se estudiará este aspecto de la acusación.

El artículo 3º del Código Sustantivo del Trabajo fija el ámbito de su aplicación, según se trate de trabajadores particulares o de servidores públicos. Las relaciones de los primeros, tanto de derecho individual como de derecho colectivo, se encuentran reguladas por el Estado Laboral, que sólo regula respecto de las segundas sus relaciones de derecho colectivo.

Excluidas por el artículo 3º las relaciones de derecho individual del trabajo de los servidores oficiales de la regulación del Código, el artículo 4º reitera el concepto y hace una enumeración de esas relaciones de derecho individual entre la administración pública y algunos de sus servidores, señalando en primer término a las de los trabajadores de ferrocarriles. Pero al referirse a "las relaciones de derecho individual del trabajo entre la administración pública y los trabajadores de ferrocarriles", la norma no está asimilando dichos trabajadores a servidores públicos, sino que contempla simplemente el hecho de que existen trabajadores de ferrocarriles vinculados a la administración pública a través de una relación jurídica, que es de derecho individual del trabajo. Ni puede llegarse a esa conclusión por la circunstancia de que de las catorce (14) empresas que según el casacionista existían cuando entró en vigencia el Código, doce (12) fueron de carácter oficial y dos (2) de carácter privado, y que respecto a estas últimas el Gobierno Nacional adelantaba una política de nacionalización, porque no tiene asidero alguno que por situaciones hipotéticas como la de que se planeaba la nacionalización de todas las empresas ferroviarias, los autores del Código le dieran el carácter de ser-

vidores oficiales a los trabajadores de ferrocarriles particulares.

Por excluir el artículo 4º del Código a los trabajadores de ferrocarriles vinculados a la administración pública, se entiende lo dispuesto en el artículo 268 ibidem, que excluye a los trabajadores ferroviarios del régimen de pensiones del Estatuto Laboral, los que obviamente no eran los que prestaban sus servicios a la administración pública, que ya estaban excluidos, sino los vinculados a empresas particulares, que existían cuando entró en vigencia el Código o podían crearse con posterioridad a él. No es por lo tanto norma que repite lo dispuesto en el artículo 4º sino creadora de una situación jurídica distinta. Los trabajadores oficiales de ferrocarriles fueron excluidos de todo el régimen de derecho individual del Código, incluido el de prestaciones sociales, y los trabajadores ferroviarios de empresas particulares lo fueron únicamente del régimen de pensiones, quedando sometidos a su normación en todo lo demás.

De ahí que cuando el fallador de segunda instancia llega a la conclusión de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 268 hay que acudir, para efectos de la pensión de jubilación de los trabajadores ferroviarios, a las normas vigentes cuando entró a regir el Código, no lo está interpretando erróneamente, porque eso es lo que establece dicha disposición, que, como ya se dijo, señala el régimen pensional de los trabajadores ferroviarios particulares, por cuanto el de los trabajadores oficiales de ferrocarriles ya había sido previsto por el artículo 4º. Dice el artículo 268: "lo dispuesto en este capítulo no se aplica a los trabajadores ferroviarios, que en cuanto a jubilación se regirán por el estatuto especial que posteriormente se dicte. Mientras tanto, continúan rigiendo las disposiciones vigentes en la actualidad".

¿Quiénes son esos trabajadores ferroviarios? En la solución de esta cuestión se han planteado, desde la iniciación del juicio, las divergencias de las partes. Así, para el demandante es trabajador ferroviario el que desempeña sus funciones en un ferrocarril, cualquiera que sea la actividad de la empresa, ferroviaria o no, y para la sociedad demandada es el que presta sus servicios

en una empresa ferroviaria, no siéndolo, por tanto quienes laboran al servicio de una empresa cuya actividad es diferente, aun cuando opere un ferrocarril como medio para cumplir sus fines. El Tribunal Superior acogió la primera hipótesis, luego de analizar algunas disposiciones legales.

De las consideraciones del fallador de segunda instancia se deduce que llegó a la conclusión de que las Leyes 1ª de 1932, 206 de 1938, 63 de 1940, 49 de 1943, 53 de 1945 y 24 de 1947, si bien se refieren a empresas ferroviarias, señalan con más frecuencia a los trabajadores ferroviarios, "que vienen a ser precisamente las personas que se benefician con el régimen jubilatorio especial consagrado en tales disposiciones". Agrega, como argumento adicional, que la Ley 6ª de 1945 en su artículo 32 determinó que la Ley 49 de 1943 y las disposiciones sobre jubilación en favor de los trabajadores ferroviarios, se hacían extensivas a los trabajadores de las salinas de la Nación.

El recurrente no censura la interpretación que de las leyes anteriores hizo el Tribunal Superior. Centra su ataque en la interpretación errónea del artículo 268 del Código Sustantivo del Trabajo, aun cuando enuncia como erróneamente interpretadas las otras normas en las cuales fundamentó su decisión el ad quem, pero sin que diga expresamente en qué consistió el criterio equivocado del sentenciador. Afirma que esas leyes se referían "a las relaciones de las empresas ferroviarias con sus trabajadores, aunque obviamente en muchos pasajes se habla en ellas de 'trabajadores ferroviarios' para referirse a los servidores de dichas empresas"; pero no sustenta esa afirmación, ni desvirtúa los razonamientos del sentenciador de segunda instancia, quien saca la conclusión contraria por la referencia que se hace "con más frecuencia a los trabajadores ferroviarios". Y aun cuando el casacionista hace referencia a cuál es, según su criterio, la correcta interpretación del artículo 4º de la Ley 1ª de 1932 y de su Decreto reglamentario 1471 del mismo año, tal alusión a una de las leyes que tuvo en cuenta el fallador para formar su criterio interpretativo en relación con el conjunto de las leyes especiales que analiza, no es suficiente para demos-

trar que erró en la interpretación de todas ellas.

En resumen: el artículo 268 del Código Sustantivo del Trabajo se refiere a los trabajadores ferroviarios particulares, y no exclusivamente a los que prestan o prestaban sus servicios a las empresas ferroviarias que existían cuando entró a regir el Código. En consecuencia no fue interpretada erróneamente esta norma por el Tribunal Superior. Si en el fallo acusado se estimó que el demandante era un trabajador ferroviario sometido al régimen especial anterior al Código, a esa conclusión llegó el ad quem con el análisis de las leyes que consagraban ese régimen, y respecto del cual el recurrente no planteó la censura con el reexamen de las mencionadas leyes para fijar su verdadero sentido. (Sala de Casación Laboral. Septiembre 17 de 1973, Tomo CXLVII, Pags. 485, 2ª, y 486, 1ª y 2ª).

228

TRASLADO

Debe dejarse constancia secretarial.

El artículo 199 del Código Judicial anterior, norma vigente cuando en este proceso se produjo la prueba pericial referida, después de definir el traslado, determinaba que tal formalidad se surtía notificando el auto en que se mandaba dar y poniendo a disposición de las partes, para sacarlos o para estudiarlos, según los casos, "los autos o la porción de ellos sobre que versa el traslado", añadiendo que todas "estas circunstancias deben anotarse por el secretario en el expediente". De los términos en que se hallaba concebida la norma en comentario se infiere, como lo dedujo el sentenciador, que esta manera o forma de surtir el traslado tenía carácter general; y no que, como lo sostiene el recurrente, aludiera exclusivamente al traslado de la demanda.

Y si según el artículo 719 *ibidem* el dictamen de los peritos, a fin de darle publicidad a la prueba y por ende la posible contradicción para poderla apreciar en su mérito demostrativo, debía correrse en traslado por tres días a las partes, hay que aceptar que por la ausencia en el proceso de la constancia secretarial de haberse conferido

el traslado dispuesto, el dictamen no se practicó con observancia de todos los ritos exigidos por la ley vigente al tiempo de su producción. De dicho traslado no quedó pues surtido con la sola notificación del auto que lo ordenó (Casación civil, 22 de febrero de 1973, Tomo CXLVI, Pág. 47, 2ª).

U

229

UNIDAD DE EMPRESA

En el caso de las personas jurídicas para que se dé el hecho de la unidad de empresa debe existir una sociedad principal y filiales o subsidiarias de la primera que debe predominar económicamente y que, además, la principal, junto con las filiales o subsidiarias, deben cumplir actividades similares, conexas o complementarias. (Sala de Casación Laboral. Octubre 19 de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 550, 2ª, y 551, 1ª).

V

230

VACACIONES

El cargo debe rechazarse, como lo pide el opositor, no sin agregar que su cuestión de fondo aparece ajustada a derecho, pues lo que se pactó como salario básico fue la suma que se reconoció por el tiempo en que no hubo fumigación, y la adicional para este trabajo no se debía para cuando él no se cumpliera. Estas estipulaciones no contrarían concepción laboral alguna y no procedía desconocerles validez. Por lo que ese tiempo no laborado de cuatro meses en cada año constituyó vacación, legalmente remunerada, y carecían de fundamento la pretensión de un valor mayor y la indemnización por no haberse cubierto aquélla en la cantidad reclamada en la litis. (Sala de Casación Laboral. Agosto 11 de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 406, 2ª, y 407, 1ª).

231

VENTA

Obligaciones del vendedor.

Nuestro Código Civil regula la compraventa como fuente de obligaciones. Ven-

dedor y comprador se vinculan bajo los efectos de un título que, como tal, genera obligaciones. Según el artículo 1880 del Código Civil las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: "La entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida". La primera que consiste en 'dar', implica a su vez las dos siguientes:

- a) Conservar la cosa hasta la entrega, y
- b) Ponerla a disposición del comprador jurídica y materialmente.

De aquélla se desprende la obligación que tiene el vendedor de responder por los hechos que le sean imputables y que hayan causado la pérdida o deterioro de la cosa.

De la segunda se derivan las obligaciones de hacer la tradición (entrega jurídica) y de poner materialmente la cosa a disposición del comprador (entrega material) en el tiempo y lugar convenidos; y además las de pagar los gastos que fueren necesarios al efecto, y la de entregarla con sus frutos y accesorios.

La entrega jurídica se efectúa, tratándose de bienes inmuebles, de conformidad con lo establecido por el artículo 756 del Código Civil, por la inscripción del título en la oficina de instrumentos públicos. La obligación de entregar materialmente el bien se satisface por cualquier medio que el comprador convenga con el vendedor, o por formas similares a las enumeradas en los artículos 754 y 755 del Código Civil, y que permitan al comprador recibir el bien y entrar en posesión del mismo.

Para establecer la situación del vendedor, por lo que respecta a su obligación de entregar la cosa, hay que contemplar pasos distintos:

- a) Si no se ha concedido plazo para el pago del precio, la ejecución de las obligaciones recíprocas debe ser simultánea.

Si el comprador no ha pagado o no está pronto a pagar el precio íntegro el vendedor puede retener la cosa en su poder hasta que el primero se allane a pagarlo, sin que por esto el segundo caiga en mora.

- b) Si se ha estipulado que el precio se pague a plazo, no puede el vendedor demorar la entrega de la cosa aunque, no se le haya pagado ninguna cuota, porque implícitamente ha renunciado a su derecho de retener la cosa desde que ha concedido plazo para el pago.

Las normas anteriores se refieren al caso normal del comprador solvente, pues si después del contrato hubiere menguado considerablemente su fortuna, no podrá exigir la entrega, aunque se haya estipulado plazo, sino pagando o asegurando el pago, por mandato del artículo 1882 del Código Civil.

El vendedor es obligado a lo que reza el contrato y por ello debe entregar la cosa en el estado en que se hallaba al tiempo de la venta con todos los accesorios que se reputan inmuebles según los artículos 656 y siguientes del Código Civil en concordancia con el artículo 1886 *ibidem*.

El vendedor no cumple su obligación con la sola entrega de la cosa al comprador; es menester, además, que la entregue en condiciones tales que el comprador pueda gozar de ella tranquila y pacíficamente, a fin de obtener la utilidad buscada al celebrar el contrato. Después de entregada la cosa puede suceder que terceras personas aleguen derechos sobre ella anteriores al contrato, derechos que importen un menoscabo o despojo para el comprador. O puede acaecer que la cosa adolezca de vicios o defectos que la hagan inepta para obtener de ella la utilidad que el comprador se proponía obtener. En cualquiera de estas circunstancias, la ley viene en auxilio del comprador, y le da acción para obligar al vendedor a que le proporcione el goce tranquilo, completo y útil de la cosa, o, si esto no fuere posible, para que le indemnice, mediante la llamada acción de saneamiento. De modo que esta segunda obligación comprende dos objetos: a) Amparar al comprador en el dominio y posesión de la cosa vendida, y b) Responder de los defectos ocultos, denominados vicios redhibitorios (Casación civil, 15 de diciembre de 1973, Tomo CXLVII, Págs. 159, 2ª, y 160, 1ª y 2ª).

232

VEREDICTO

El veredicto es la respuesta del jure al cuestionario que el juez somete a su consideración. El cuestionario debe reflejar con

exactitud los hechos calificados por el juzgador en el auto de proceder.

“El veredicto es la respuesta del jure al cuestionario que el juez somete a su consideración. El cuestionario debe reflejar con exactitud los hechos calificados por el juzgador en el auto de proceder. Este puede eventualmente contener, en sí mismo, error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido y determinar, en consecuencia, el veredicto injusto o simplemente equivocado. Cuando uno de estos supuestos menoscaba el auto de proceder y no es advertido por el juez, en su caso, ni por el jurado de conciencia, en el suyo, y tampoco por el Tribunal de instancia, trasciende a la sentencia viciándola de nulidad cuestionable en el recurso de casación. No porque esté de por medio la actuación del jurado de conciencia que pronunció el veredicto, la nulidad es intocable. Ni el error palpitante cometido por el juzgador en un evento de tal naturaleza adquiere por ello el mérito de la cosa juzgada.

“Dictada la sentencia por el Tribunal, surge para el sindicado, su defensor, el Ministerio Público y la parte civil el derecho de recurrir en casación, si el máximo de la sanción imponible, privativa de la libertad, es o excede de cinco años. Y el recurso de casación carece de limitaciones que no se hallen implícitas o expresadas en las disposiciones que tratan sobre la materia. Procede contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los tribunales, haya o no intervenido el jurado, pues el artículo 55 del Decreto 528 de 1964, reformado por la Ley 16 de 1968, artículo 16, no establece distinciones”. (Sala de Casación Penal, 27 de septiembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 372, 1ª y 2ª).

233

VEREDICTO

La declaratoria de contraevidencia del veredicto de los jueces de hecho es extraño al

recurso de casación; su pertinencia es del ámbito de las instancias y de la competencia del juez de derecho.

No prospera la causal cuarta de casación aducida por el demandante, pues, como anota el Ministerio Público, el cargo no resulta demostrado.

En el juzgamiento de..., no se incurrió en infracción a las formas propias del juicio. Antes bien y en lo que atañe al instituto de la contraevidencia, la ley de procedimiento la ha señalado como facultad del juzgador en derecho, para cuando el veredicto del jurado es manifiestamente contrario a la realidad procesal.

El artículo 565 del Código de Procedimiento Penal señala, precisamente, que "si de autos apareciere que el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos, así lo declarará el juez y consultará su decisión con el tribunal superior. Si el tribunal superior confirmare la resolución del juez, éste convocará inmediatamente un nuevo jurado. El veredicto del segundo jurado es definitivo. Si el auto del juez no fuere confirmado, se ordenará devolver el expediente para que se dicte sentencia de acuerdo con el veredicto".

Así, pues, lo atinente a dicha institución de la declaratoria de contraevidencia del veredicto de los jueces de hecho es extraño al recurso de casación; su pertinencia es del ámbito de las instancias y de la competencia del juez de derecho. Y a estas modalidades se sometieron, en su trámite, los juzgadores en este proceso. En ninguna violación de las formas propias del juicio se incurrió.

Además, es impertinente reabrir el debate probatorio en los juicios en que interviene el jurado, so pretexto de una supuesta nulidad por inexistentes vicios de procedimiento. (Sala de Casación Penal, 30 de agosto de 1973).

234

VEREDICTO CONTRADICTORIO

Es aquel en que sus términos resultan inconciliables porque se destruyen mutua-

mente, porque implican afirmación y negación al mismo tiempo, porque una de sus voces acepta lo que la otra excluye, o conduce al absurdo de que una cosa sea y no sea al mismo tiempo.

Ha dicho la Corte en distintas oportunidades, al fijar el alcance del veredicto contradictorio, que es aquel en que sus términos resultan inconciliables porque se destruyen mutuamente, porque implican afirmación y negación al mismo tiempo, porque una de sus voces acepta lo que la otra excluye, o conduce al absurdo de que una cosa sea y no sea al mismo tiempo.

Tal contradicción hay que buscarla en los elementos que integran el veredicto, es decir, en el contenido de sus proposiciones.

En la sentencia que cita el demandante (Casación de Rafael Antonio Montoya Ocampo, julio 8 de 1967, aún no publicada), dijo la Corte:

"No puede señalarse la posibilidad de un veredicto contradictorio tomando en consideración proposiciones distintas, que se ocupan de resolver sobre la responsabilidad de personas diferentes. Lo contradictorio del veredicto implica que en una sola respuesta del jurado se consignent voces que impliquen la afirmación y la negación de la misma cosa". (Sala de Casación Penal, 14 de agosto de 1973).

235

VEREDICTO CONTRADICTORIO

Veredicto contradictorio es aquel en que sus términos resultan inconciliables porque se destruyen mutuamente, en atención a que implican afirmación y negación al mismo tiempo, pues una de sus voces excluye lo que la otra acepta.

Tiene toda la razón el demandante cuando observa que "cuando el veredicto, como el estampado en este proceso, responde 'sí' y a continuación se agrega 'pero no hallamos evidencia en cuanto al propósito', esa segunda proposición no conlleva contenido afirmativo respecto de ninguno de los pun-

tos contenidos en la cuestión, y, hasta puede decirse que no hace una negación enfática y concisa, como la ley la demanda, sino que consagra o expresa un estado de perplejidad, o, más concretamente, de duda, ya que a los jueces de conciencia el procedimiento penal no les exige llegar a un estado intelectual de evidencia, sino que los requiere por su convicción íntima...

El veredicto de que se ha hecho referencia resulta evidentemente contradictorio, pues a la respuesta afirmativa de la responsabilidad se agrega la negación de esa misma responsabilidad, por no haber hallado "evidencia en cuanto al propósito".

Sabido es que las infracciones de la ley penal son intencionales o culposas, cuando no se trate de las personas comprendidas en el artículo 29 del Código Penal. Entonces resulta palpable que en este caso, negado por el jurado por no encontrar evidencia el aspecto subjetivo del delito porque fue llamado a juicio la recurrente, al mismo tiempo que acepta la responsabilidad de ésta, al responder "sí", la rechaza en seguida, al aseverar que no encuentran la dicha evidencia en cuanto al propósito, pues este elemento de la conducta tipificable como delito es indispensable para que se tenga la responsabilidad penal.

Y si bien el Ministerio Público observa que se trata de un veredicto inexistente, pues más se acomoda el que se examina a "una respuesta incompleta que no permite pronunciamiento alguno", el resultado a que corresponde llegar en el estudio de este cargo es el mismo: el de que resulta comprobada la tacha que hace el demandante a la sentencia impugnada a través de la causal tercera de casación.

En sentencia de casación de 14 de junio del corriente año (Proceso contra Justino Juya Avila, ponencia del Magistrado Mario Alario Di Filippo), se dice lo que pasa a transcribirse:

"El tribunal popular respondió por unanimidad: 'Si es responsable. No está claro (sic) la intención de matar'. Es indudable que este veredicto consta de dos partes: la primera constituida por la afirmación rotunda de la responsabilidad del sindicado, y la otra por la frase 'no está claro la intención de matar'. Al contestar el jurado que el procesado sí es responsable, está aseve-

rando la existencia del elemento subjetivo y de los objetivos integrantes del tipo penal del homicidio común u ordinario, habida cuenta de los términos del cuestionario; mas al agregar que no está clara la intención de matar, implícita pero perspicuamente está afirmando que no está probado el elemento moral o síquico del delito de homicidio voluntario, con lo cual incurre en contradicción, pues ello equivale a aseverar y poner en duda simultáneamente el dolo característico de la infracción debatida en el juicio" (Sala de Casación Penal, 28 de noviembre de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 327, 1ª y 2ª).

236

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE EN LOS CONSEJOS DE GUERRA

No es a la Corte a la que le corresponde declarar que las respuestas dadas por los vocales del consejo de guerra, son contrarias a la evidencia de los hechos, pues esa facultad ha sido conferida, de modo privativo, a los juzgadores de instancias.

Pero aun en este caso, no es a la Corte a la que le corresponde declarar que las respuestas de unos y otros son contrarias a la evidencia de los hechos, pues esa facultad ha sido conferida, de modo privativo, a los juzgadores de instancia. Y por eso, es allí donde debe pedirse lo que ahora solicita el demandante a la Corte, que, por la razón expuesta, no puede acceder a casar, por este aspecto, la sentencia recurrida. (Sala de Casación Penal, 30 de agosto de 1973, Tomo CXLVII, Pág. 310, 1ª).

237

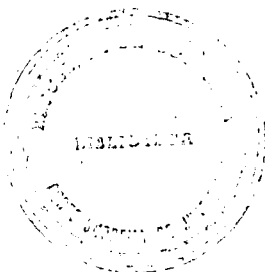
VIOLACION DE LA RESERVA DEL SUMARIO

Aplicando el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, la violación de la reserva del sumario no es un delito, sino una contravención especial cuya investigación

y juzgamiento debe adelantarse de acuerdo con los artículos 71 y 55 del Decreto 522 de 1971.

Ha dicho la Corte, en auto del 7 de septiembre de 1972, aplicando el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, que la violación de la reserva del sumario no es un delito, como se desprende de su propia naturaleza y del texto legal, sino una contravención especial cuya investigación y juzgamiento debe adelantarse de acuerdo con los artículos 71 y siguientes del Decre-

to 522 de 1971. El inciso 3º de la norma citada en forma expresa dice que, violar la reserva del sumario es infracción que se tramita de acuerdo con el procedimiento específico de las contravenciones, diferente del que acogió el Tribunal en el auto cabeza de proceso y del que siguió para perfeccionar la investigación. También es expresa la norma en el reconocimiento de la competencia, atribuida al respectivo superior del empleado o funcionario cuya conducta se señala como violatoria. (Sala de Casación Penal, 27 de septiembre de 1973).



T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN LOS TOMOS CXLVI AL CXLVII DE 1973

NOTA. — Las cifras puestas en la columna NUMEROS indican los apartes de jurisprudencia que componen este INDICE.

CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE.

Artículos	Números
14	200
26	142, 143, 144, 148, 224
167	125
217	97, 98

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
92	100
180	218
251	76
252	76
288	60
311	60
315	60
397	171
656	231
713	2
738	2
739	2
756	231
970	204
1061	Nums. 2º, 3º
1274	197
1276	197
1434	121
1458	137
1524	137
1546	57
1609	93
1656	158
1663	158
1664	158
1740	137

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
1759	118
1767	117, 185
1774	218
1830	218
1880	231
1882	231
1886	231
1894	92
1904	92
1909	92
1911	92
1914	92
2341	1, 203
2346	203
2347	203
2349	203
2417	204
2488	79
2492	79
2512	178
2518	178
2534	177
2535	177
2539	177

CODIGO PENAL

Artículos	Números
7º	95
12	95
17	36
19	45
28	40
29	142, 151, 253
33	7, 12, 55

CODIGO PENAL

Articulos	Números
34	7
36 Num. 6º	142
37	48, 70, 143
45	200
56	200
58	32
105	175
113	200
156	55
168	181
199, 1º	198
214	161
223	161
231	161
252	48
295	55, 75
314	162
316	20, 55
318	55
326	20
349	161
362	38
363	38, 45, 55
382	40
395	55
396	55
397	32, 55, 108
398	55, 108, 215
399	215
402	55, 215
403	215
404	215
408	198
624	162
625	162
627	162
628	162
630	162
632	162
646	162
648	162

CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR

Articulos	Números
49	32
308	50
441 Num. 4º	66
540	67
559	67
560	67

CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR

Articulos	Números
565	34
567	34
576	67
578	67
587	34
595	34

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Articulos	Números
3º	172, 219, 227
4º	172, 219, 287
13	14
23	28
26	56
61	126
65	15, 29, 111, 112, 159º
67	221
187	176
208	3
216	3
253	216
260	216
268	227
488	173, 176
489	172, 173, 177
492	219

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Articulos	Números
21	58
23	60
23 Num. 19	60
23 Num. 1º	60
26	142
30	132
34	134, 135
37	167
51	127
71	1, 67
72	1
73	1
74	1
75	72
90	177
103	19, 205
104	19, 205, 206, 207
153, 4º	123

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Artículos	Números
151	121
152	121, 147, 149
152 Num. 3º, 4º 5º	213
155 Num. 3º	139
155 Num. 7º	149
168	121
170	121
172	220
182	186
187	185
203	118
232	117, 185
241, 1º	187
304	41
305	72, 110
309	41
311	60
335	59
346	167
347	167
368	41, 42, 213
369	19
373	19
375	17
379	194
380	194, 196, 212, 213
381	194
382	194
383	194
384	194
385	194
396	178
413	178
414 Num. 3º	60
595	13, 129
623	58
624	58
698	185
1234 Inc. 2º	169
1237	169
1273	127

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Artículos	Números
6º	43, 123, 132, 118
8º	7
20	7
32	7, 49
33	49

Artículos	Números
33 Num. 2º	135
34 Num. 5º	7
39	7
40	7
41	7
45	135
48	135
49	49, 135
52	49
55	134, 135
56	135
102	96
104	16
126	135
130	135
133	134
152	142
155	118
162	118
163	47
168	7
169 Num. 2º	135
171	118
174	135
182	49
183	49
199	96
210 Num. 5º	141
210	132, 133, 135
215	49, 187, 226
216	142, 187
217	187
224	226
236	187, 190, 226
277	187
278	187
314	237
315	161
338	150
347	161
368 Nums. 1º y 4º	142
375	142
382	144
387	145
401	145
411	151
431	12
480	12
483	38, 133
484	49
499	12
502	68

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Artículos	Números
519	12, 35, 40, 43
533	12, 43
535	43
537	12, 43, 68
560	35, 40
565	35, 43, 200
565 Inciso 3º	12
567	35
574	193
576	11, 26
580	25, 33, 34, 35, 39, 119, 190, 142
580 Num. 2º	40
582	39, 142
583	35, 44
583 Ordinal 3º	43
584 Num. 5º	209
587 Inciso 2º	214
707	200
709	200
769	16

CODIGO DE PROCEDIMIENTO LABORAL

Artículos	Números
6º	51
20	63
32	174
78	63
86	3, 51
90	111B
151	172, 177

CODIGO DE REGIMEN POLITICO
Y MUNICIPAL

Artículos	Números
52	101
310	75

CODIGO DE COMERCIO

Artículos	Números
648	131

LEYES

Ley 57 de 1887

Artículos	Números
—	78
6º	169
39	77, 78
43	78

Ley 153 de 1887

Artículos	Números
53	60
91	117, 185
92	117, 185
93	117, 185, 217

Ley 95 de 1890

102

Ley 36 de 1931

Artículos	Números
1º	130
2º	130
3º	130
4º	130

Ley 105 de 1931

Artículos	Números
—	78, 152, 174
205	72
282	77
478	210

Ley 26 de 1931

95

Ley 1ª de 1932

227

Ley 28 de 1932

218

Ley 74 de 1935

95

Ley 45 de 1936

Artículos	Números
—	171
2º	171
6º	171
13	60

Ley 94 de 1938

226

Ley 206 de 1938

227

LEYES	
Artículos	Números
—	Ley 63 de 1940 227
27	Ley 4ª de 1943 35
—	Ley 49 de 1943 227
32	Ley 6ª de 1945 227
—	Ley 53 de 1945 227
64	Ley 83 de 1946 60
64	Nums. 1º, 2º, 3º 60
65	60
78	47
79	47
—	Ley 24 de 1947 227
24	Ley 81 de 1960 216
8º	Ley 171 de 1961 8, 165
—	Ley 48 de 1967 125
7º	Ley 48 de 1968 202
—	Ley 75 de 1968 101
1º	171
6º	100, 171
10	99
19	60
23	60
24	60
48	16
7º	Ley 16 de 1969 14
12	32

LEYES	
Artículos	Números
1º	Ley 77 de 1969 192
—	Ley 7ª de 1970 125
22	Ley 20 de 1972 77
DECRETOS	
Artículos	Números
2º	Decreto 1600 de 1945 82
—	Decreto 2127 de 1945 113
4º	9, 62, 80, 113
52	43
1º	Decreto 797 de 1949 113, 115
3º	Decreto 1858 de 1951 45, 162
1º	Decreto 236 de 1957 70
—	Decreto 456 de 1956 3
—	Decreto 1943 de 1957 158
—	Decreto 2525 de 1963 181
—	Decreto 528 de 1964 41
52	42
55	232
59	184
60	111A, 111B
63	26
—	Decreto 1350 de 1964 146
—	Decreto 1288 de 1965 61

DECRETOS		DECRETOS	
Artículos	Números	Artículos	Números
—	Decreto 1752 de 1965 61	—	Decreto 2019 de 1970 152, 174
—	Decreto 2351 de 1965 10	—	Decreto 196 de 1971 97, 98
8º	202, 216	—	Decreto 254 de 1971 71
8º Ord. 5º	202	—	Decreto 271 de 1971 70
1º	Decreto 1667 de 1966 125	—	Decreto 322 de 1971 237 237
44	Decreto 2565 de 1967 125	71 75	Decreto 1988 de 1971 215
—	Decreto 3135 de 1968 62	—	Decreto 2342 de 1971 52
5º	9	—	Decreto 2347 de 1971 125
—	Decreto 1345 de 1970 16	8º	Decreto 2037 de 1972 71
—	Decreto 1400 de 1970 152, 174	8º	
90	177	—	
40	Decreto 1705 de 1970 125	—	

INDICE ALFABETICO

A	PAGINA	TOMO
Agudelo Zapata Pedro Ezequiel. Homicidio	463	CXLVI
Aguilar Cabarcas Medardo contra Cervecería Aguila S. A. Unidad de empresa	542	CXLVII
Almacén Santander Elisa Acevedo y Cía. Ltda. contra Com- pañía de Seguros "La Continental" y Cía. Colombiana de Seguros. Seguro de incendio	42	CXLVII
Alvarez Duque Octavio. Encubrimiento	258	CXLVII
Alvarez María Leonor frente a Ana Rita Tobón viuda de Alvarez, como heredera de Lázaro Alvarez Tobón. Desistimiento en juicio de filiación natural	13	CXLVII
Aponte Reinoso Elvia. Homicidio y otro	311	CXLVII
Arango Gabriel contra Comestibles La Rosa S. A. y Distri- buciones Grace y Cía. Colombia S. A. Bonificación voluntaria	150	CXLVI
Arboleda Flórez José de Jesús. Robo	189	CXLVII
Arce Einer Alfonso. Peculado	521	CXLVI
Aros Carlos Alberto y Mercedes contra el Municipio de Gigan- te en su calidad de heredero de Manuel Freyre. Fila- ción natural	73	CXLVII
Arrubla Yepes Rodrigo. Rapto y otro	299	CXLVII
Avellaneda José Francisco contra "Emidia" Propaganda Científica Ltda. Concurrencia de contratos	361	CXLVI
Avendaño Alberto contra Acerías Paz del Río S. A. Traba- jadores de los Ferrocarriles	480	CXLVII
B		
Ballesteros Aristizábal Antonio. Homicidio	197	CXLVII
Baquero Morales Francisco contra Empresa de Licores de Cundinamarca. Indemnización por mora en el caso del artículo 1º del Decreto 797 de 1949	560	CXLVII

Betancourt Hipólito y otra contra la Sucesión de Antonio J. Ramírez Castillo. Prescripción	PAGINA 305	TOMO CXLVI
Botero Perdomo Jaime contra la Nación (Ministerio de Obras Públicas). Documento público	487	CXLVII
Buendía Rosa Eugenia. Homicidio	229	CXLVII

C

Cabarico Bautista Manuel contra la Nación (Ministerio de Minas y Petróleos) y la Caja Nacional de Previsión. La administración pública y sus servidores	185	CXLVI
Cabezas Evaristo. Lesiones personales	462	CXLVI
Caldas de Tobón Hersilia y otros frente a Nancy Piedrahita de Quijano y otros. Albacea (nulidad de su designación)	106	CXLVII
Camargo Rubio Eustasio, proceso sucesorio objeciones a la partición. Porción conyugal	127	CXLVII
Cañas Vélez Francisco. Homicidio	284	CXLVII
Cárdenas Cárdenas José Manuel. Peculado	472	CXLVI
Casallas González Carlos Julio. Concusión	262	CXLVII
Castañeda Daza Pedro Antonio. Homicidio	454	CXLVI
Castrillón William de Jesús contra los herederos de Luis María Gómez Madrid. Fillación natural	96	CXLVII
Clemon Lavallo Carlos contra Instituto de Crédito Territorial. Prescripción	190	CXLVI
Compañía Pesquera Arango Ltda. contra "Compañía de Seguros "Skandia S. A.". Revalidación de papel	5	CXLVII
Córdoba Luis. Detención arbitraria	442	CXLVI
Córdoba Luis. Detención arbitraria	330	CXLVII
Correa Grisales José James. Falsedad y otro	396	CXLVI

CH

Chavarriaga Alcides contra Bavaria S. A. y Malterías de Colombia S. A. Extensión de la convención a terceros	286	CXLVI
---	-----	-------

D	PAGINA	TOMO
Delgado Giraldo José Duval. Homicidio y otro ...	204	CXLVII
De la Pava Sánchez Nelson. Homicidio y otro ...	304	CXLVII
Díaz Rogelis Alfonso contra Instituto de Fomento Algodonero. Prima de Navidad ...	367	CXLVI
Ducuara Abel. Homicidio ...	410	CXLVI
Duque Augusto. Estafa ...	404	CXLVI
Duque Betancur Jaime. Peculado ...	171	CXLVII
Durán Arciniegas Fernando frente a Eduardo Zapata. Reivindicación ...	72	CXLVI

E

Eggen Guevara Edgar. Homicidio ...	250	CXLVII
Escobar Herrera Diomedes contra Departamento de Cundinamarca e Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca. Pensión de invalidez ...	281	CXLVI
Escobar de Martínez Josefina y otros frente a Francisco Edilberto Jiménez C. Resolución de la venta por falta de pago del precio ...	154	CXLVII
Escruceria Grijalba César Domingo. Peculado ...	447	CXLVI
Espinel Blanco Víctor Manuel contra la Fundación "Universidad de Pamplona". Subrogación de obligaciones laborales ...	374	CXLVII
Espinosa Jaimes Jorge Luis. Homicidio y otro ...	390	CXLVI

F

Ferrín Ortiz Alberto. Prevaricato ...	276	CXLVII
Fiorillo Porras Dante. Prevaricato ...	450	CXLVI

G

Gallego Arias Víctor. Robo ...	327	CXLVII
Garcés Murillo José de Jesús. Homicidio ...	354	CXLVII
García Díaz Juvenal. Recusación ...	406	CXLVI

	PAGINA	TOMO
García García Luis Alberto. Homicidio	387	CXLVI
García Garzón Emiliano contra Empresa de Licores de Cundinamarca. Prescripción	216	CXLVI
García Leonardo contra Clínica Materno Infantil de Yumbo. Organismo oficial	400	CXLVII
Gaviria Jaramillo Luis. Peculado	388	CXLVII
Gaviria Roldán Oscar de Jesús. Falsedad	207	CXLVII
Giraldo de Landínez María Luisa contra Vicente Giraldo "Sucesores Ltda.". Revisión (recurso extraordinario)	8	CXLVII
Gómez Sánchez Epaminondas. Homicidio y otros	304	CXLVII
Gómez Calderón Héctor Darío contra Papeles Scott de Colombia S. A. Causales de terminación de los contratos	564	CXLVII
Gómez Aristizábal Ricardo. Abuso de confianza	217	CXLVII
Gómez Ocampo Carlos contra el Departamento y las Empresas Departamentales de Antioquia. Contrato de trabajo y relación de derecho público	356	CXLVI
Gómez Mejía Ciro contra Empresa de Licores de Cundinamarca. Dependencia o subordinación	349	CXLVI
González García Germán. Hurto	415	CXLVI
González Hernández Graciliano, Filomena y Leopoldo contra Antonio M. González Apolonia y a los herederos de Genoveva González. Nulidad de testamento cerrado	145	CXLVII
Guáqueta Luis Guillermo. Robo	482	CXLVI
Guáqueta Manrique Luis Guillermo. Robo	180	CXLVII

H

Herazo B. Germán contra Empresa Colombiana Agrícola. Vacaciones	404	CXLVII
Hernández de Alba Alfonso contra Laboratorios Undra S. A. Recto entendimiento del Decreto 2497 de 1963	525	CXLVII
Hinz Nass Wolfgang Karl contra Acerías Paz del Río S. A. Adopción del Decreto 2351 de 1965 como legislación permanente	341	CXLVI
Hoyos Castaño Carmen Cecilia. Violación reserva sumario	332	CXLVII

J	PAGINA	TOMO
Jaramillo Laverde Luis Gonzalo. Peculado	472	CXLVI
Jiménez Pérez Ramón contra Compañía Frutera de Sevilla. Conciliación	326	CXLVI
Juya Avila Justino. Homicidio	483	CXLVI
K		
Karam Nabile. Encubrimiento	258	CXLVII
L		
Ladino Guáqueta Gregorio frente a María Inés Ladino de Pinto. Simulación relativa	61	CXLVII
Laudó Arbitral entre la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. "Anegran" y la Flota Mercante Grancolombiana S. A.	237	CXLVI
Laudó Arbitral entre Electrificadora de Cundinamarca S. A. y el Sindicato de Trabajadores de dicha empresa	259	CXLVI
Laudó Arbitral entre la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y la Unión de Marineros Mercantes de Colombia "Unimar"	416	CXLVII
Lizarazo Mojica Luis Flaminio. Homicidio	369	CXLVII
Lizcano de Illidge María contra Beneficencia y Asistencia Pública del Magdalena y el Hospital San Juan de Dios de Santa Marta. Competencia para decidir el recurso de casación	196	CXLVI
Lizcano Murillo Rodrigo. Peculado	492	CXLVI
Loaiza Raúl Antonio. Robo	189	CXLVII
Londoño Hernández Guillermo. Falta ética profesional	435	CXLVI
López Bohórquez Antonio contra Compañía Frutera de Sevilla. Pensión de jubilación concedida en virtud de convención o pacto conciliatorio	156	CXLVI
López Uribe Germán, como heredero de Tomás López Lozano, contra Santos Barberena. Reivindicación	123	CXLVI
M		
Manotas Wilches Edgardo contra Naviera Fluvial Colombiana S. A. Sustitución patronal	459	CXLVII
Marín Neftalí. Estafa	404	CXLVI

	PAGINA	TOMO
Marino Pedroza D. María del Carmen. Lesiones personales	361	CXLVII
Martínez Pinilla Macedonio. Homicidio	214	CXLVII
Martínez Yepes Jorge. Robo	189	CXLVII
Maya Villegas Mercedes contra Oscar Villegas Maya y otros. Deslinde, nulidades	50	CXLVI
Mejía Giraldo y Argemira contra Esneda Cardona de Echeverri, como heredera testamentaria de Francisco Echeverri Mejía. Corrección de error aritmético	58	CXLVII
Melo Gómez César Augusto contra Ciba Colombiana S. A. Libre formación del convencimiento	505	CXLVII
Mendoza Carreño Roberto. Homicidio	503	CXLVI
Molano Rodas José Alvaro. Homicidio y otros	304	CXLVII
Molina José Rafael. Robo	458	CXLVI
Montoya de Arboleda María Alicia y otro frente a "Administradora Inmobiliaria e Inversionista S. A. representada por José Joaquín Castro Márquez. Simulación	24	CXLVI
Moreno Vélez Aristóbulo contra Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Seccional de Antioquia. Pensión restringida de jubilación	453	CXLVII
Muñoz Garavito Abel contra Martiniano Llanos Hernández y Epifanía Rubiano de Llanos. Recurso de revisión	137	CXLVII
Muñoz Ospina José Manuel contra Eloísa Contreras de Sánchez. Reivindicación de mejoras	115	CXLVI
N		
Navarrete Forero Luis Alvaro contra Caja de Compensación Familiar "Zona Industrial" (Indufamiliar). Procedencia del recurso de casación	440	CXLVII
Niño Figueroa Alirio. Homicidio	293	CXLVII
Niño Julio C. contra Manuel González - Empresa de Fumigación Aérea (EFA LTDA.). Accidente de trabajo e incapacidad	167	CXLVI
Niño Niño Jorge contra Fondo de Empleados del Banco Cafetero. Honorarios de los liquidadores	443	CXLVII

	PAGINA	TOMO
○		
Olarte Ochoa Angel Ignacio. Homicidio	503	CXLVI
Olarte Quiroga Miguel Antonio, frente al Hipódromo de Techo S. A. Juego y apuesta	94	CXLVI
Ospina Montoya Adolfo León. Homicidio	503	CXLVI
Ospina Orozco Luis Octavio. Hurto	347	CXLVII
Ospina Quiceno Antonio María. Lesiones personales	338	CXLVII
P		
Padaui Meola Julio. Prevaricato	269	CXLVII
Páez Polo Esteban. Prevaricato	450	CXLVI
Páez Sierra Luis Enrique frente a Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Sucursal de Puerto López. Abuso del derecho a litigar	79	CXLVII
Paniagua de Herrera Inés y otros contra Empresas Públicas Municipales de Medellín. Edad probable. Tablas de Garuffa	519	CXLVII
Paredes Chávez Ricardo. Abuso de autoridad	408	CXLVI
París Z. Enrique contra International Schools Company of Latin America. Prescripción	252	CXLVI
Parra Zuleta Cenón. Peculado	375	CXLVI
Peña Calderón de Luz Marina. Encubrimiento	258	CXLVII
Peña Durán José Agustín. Homicidio	193	CXLVII
Perdomo de Andrade Cecilia contra Epaminondas Andrade Perdomo. Conflicto de competencia	15	CXLVII
Pino Ayala William contra Esso Colombiana S. A. Cosa juzgada	231	CXLVI
Pino Linero José María contra Esso Colombiana S. A. La conciliación y la cosa juzgada	248	CXLVI
Pinzón Escamilla Alvaro contra Universidad del Cauca. Entidad obligada al pago de prestaciones de trabajadores oficiales	408	CXLVII
Polanco Ospina Efraín. Estafa	254	CXLVII
Porras Meneses Jesús contra el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica. Comisión canalización y reembolso		

	PAGINA	TOMO
so del Río Medellín. Indemnización moratoria en el caso de los servidores oficiales	202	CXLVI
Pulido Bulla Teodisio contra Leopoldo y Rafael Pulido R. Perención	66	CXLVI
Q		
Quijano Bustamante Jorge. Abuso de autoridad	460	CXLVI
Quintero Jaime Freddy Alonso. Abuso de autoridad	444	CXLVI
Quintero José Vicente frente a Wbaldo Muñoz. Nulidad de la venta de un automotor	68	CXLVI
Quiroga Forero Yezid. Homicidio	245	CXLVII
R		
Ramírez Nieto Néstor contra Ganem y Cia. Indemnización moratoria	219	CXLVI
Rengifo Varón Marco José. Hurto	347	CXLVII
Restrepo Arango Manuel Antonio. Homicidio	200	CXLVII
Restrepo de Escruceria Gladys. Peculado	447	CXLVI
Restrepo Luis Fernando. Falsedad	207	CXLVII
Rivera Torres César Alfonso. Robo	334	CXLVII
Rocha Bustos Aristóbulo. Homicidio	240	CXLVII
Rodríguez Díaz Benito contra Vicotécnica Ltda. y otros. Buena fe patronal	532	CXLVII
Rodríguez Vargas Fernando. Robo	180	CXLVII
Rodríguez Peña Gualberto contra Luis Eduardo Calcedo. Honorarios profesionales	336	CXLVI
Rodríguez Roa Jesús Maria. Homicidio agravado	183	CXLVII
Rodríguez Pedraza Daniel frente a Pablo J. Hernández Quiroz y Félix Movilla Dadul. Reivindicación de mejoras	108	CXLVI
Rojas Escobar Alfredo. Incendio y otro	421	CXLVI
Roldán Sánchez Oscar y Miguel Ramírez R. contra Julio César Serna Granada. Reivindicación	115	CXLVII

S	PAGINA	TOMO
Salazar Ortiz Ernesto. Robo	334	CXLVII
Salazar Henao Roberto contra Banco Central Hipotecario y la Caja de Previsión Social del mismo. Reajuste de las pensiones de jubilación e invalidez	298	CXLVI
Salazar Herrera Rosevert. Falsedad y otro	436	CXLVI
Sánchez González Amilcar. Homicidio	503	CXLVI
Sánchez Justiniano y otros frente a algunos herederos de Daniel Isauro Sánchez. Nulidad de testamento	21	CXLVI
Sánchez Guarín Pablo Enrique. Homicidio	321	CXLVII
Sánchez Salas Alfonso. Homicidio	318	CXLVII
Sánchez Juan Bautista. Homicidio y otro	507	CXLVI
Sandoval Aranda Fabio. Homicidio y otro	304	CXLVII
Sanmiguel Miguel Angel contra Taxi Aéreo Opita Ltda. (TAO). Indemnización por mora	315	CXLVI
Sarmiento de Plazas Maria Teresa. Estafa y otro	429	CXLVI
Serrano Amaya Luis y otros. Fuga de presos	224	CXLVII
Soto Rodríguez Evando. Rehabilitación	384	CXLVI
Suárez Rueda Carlos contra Fábrica de Grasas de San An- drés Ltda. (Fagrasa). Indemnización moratoria	141	CXLVI
Suárez Terreros Luis Eduardo. Falsedad	515	CXLVI
T		
Torres Anselmo contra Luis Antonio Tovar Rodríguez. Pa- go por consignación. (Consignación irrita)	209	CXLVI
Trejos Marín Néstor. Robo y otro	189	CXLVII
Trujillo Calle Bernardo contra Virginia Castaño de Salda- rriaga. Técnica del recurso de casación (Honorarios profesionales)	552	CXLVII
U		
Ucrós Barrios José de Dios. Prevaricato	450	CXLVI
Uribe Gutiérrez Gustavo. Homicidio	254	CXLVII
Uribe Mejía Humberto. Estafa	401	CXLVI

V

	PAGINA	TOMO
Vahos Henao Leopoldo Emilio contra el Departamento de Antioquia y otras. Acumulación de tiempo de servicio en la pensión proporcional de jubilación	320	CXLVI
Valdés Peña Pedro Nel contra la Nación (Ministerio de Agricultura). Empleados públicos y trabajadores oficiales	309	CXLVI
Valencia de Peláez María Disnelda contra Fabio Antonio Peláez Montes. Conflicto de competencia	151	CXLVII
Vallejo Eduardo contra A. Aristizábal y Cía. S. A. Salario Devengado y comisiones causadas	492	CXLVII
Vega Rivera Celiano. Estafa	490	CXLVI
Velásquez Escobar Libardo Iván. Robo	273	CXLVI
Vélez Angel Raúl contra Instituto de Mercadeo Agropecuario. Prescripción	181	CXLVI
Vergara Hernández Alberto. Abuso de confianza	471	CXLVI
Vergara Martelo Jorge A. Abuso de confianza	471	CXLVI

W

Welch Granda Richar contra The National Cash Register Company of Colombia S. A. Reintegro o indemnización	291	CXLVI
Wilfort y Cía. Ltda. frente a Hernando Sarmiento Mahecha y otra. Nulidad de promesa de permuta	37	CXLVI

Y

Yama Cuastumal Emilio. Lesiones personales	174	CXLVII
Yepes Montañez Jorge. Robo	188	CXLVII

ACLARACION

En la página 515, tercera línea, dice: noviembre y debe decir: septiembre

**PUBLICACIONES DEL FONDO ROTATORIO
DEL MINISTERIO DE JUSTICIA**

*Esta obra fue impresa en los Talleres
Gráficos de la Penitenciaría Central
de Colombia.*

**(Una empresa editorial y humana al servicio
de la Rehabilitación del Recluso).**

BOGOTÁ, D. E. 1977